De acordo com a Lei n.º 13.256/2016

LUIZ GUILHERME MARINONI
SÉRGIO CRUZ ARENHART
DANIEL MITIDIERO

NOVO

CURSO DE PROCESSO CIVIL

Volume 3

TUTELA DOS DIREITOS MEDIANTE PROCEDIMENTOS DIFERENCIADOS

2.ª Edição revista, atualizada e ampliada

THOMSON REUTERS ProView
INCLUI VERSÃO ELETRÔNICA DO LIVRO

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

De acordo com a Lei n.º 13.256/2016

LUIZ GUILHERME MARINONI
SÉRGIO CRUZ ARENHART
DANIEL MITIDIERO

NOVO CURSO DE PROCESSO CIVIL

Volume 3

TUTELA DOS DIREITOS MEDIANTE PROCEDIMENTOS DIFERENCIADOS

2 ed. em e-book
baseada na 2. ed.
impressa.

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

NOVO CURSO DE PROCESSO CIVIL

Volume 3

TUTELA DOS DIREITOS MEDIANTE PROCEDIMENTOS DIFERENCIADOS

Luiz Guilherme Marinoni
Sérgio Cruz Arenhart
Daniel Mitidiero

2 ed. em e-book baseada na 2. ed. impressa.

© desta edição e-book [2016]

Editora Revista dos Tribunais Ltda.

Marisa Harms
Diretora responsável

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613.8400 – Fax 11 3613.8450
CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil

Todos os direitos reservados. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Central de Relacionamento RT
(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)

Tel. 0800.702.2433

e-mail de atendimento ao consumidor: sac@rt.com.br

Visite nosso *site*: www.rt.com.br

Universitário (texto)

Fechamento desta edição [28.12.2015]

ISBN 978-85-203-6709-4

Diretora Responsável
Marisa Harms

Diretora de Operações de Conteúdo
Juliana Mayumi Ono

Editores: Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Diego Garcia Mendonça, Ivié A. M. Loureiro Gomes e Luciana Felix

Assistente Administrativo Editorial: Juliana Camilo Menezes

Produção Editorial
Coordenação
Daniel Cesar Leal Dias de Carvalho

Analistas de Operações Editoriais: Aline Almeida da Silva, André Furtado de Oliveira, Damares Regina Felicio, Danielle Rondon Castro de Morais, Flávia Campos Marcelino Martines, Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos, George Silva Melo, Maria Eduarda Silva Rocha, Maurício Zednik Cassim e Thiago César Gonçalves de Souza

Qualidade Editorial
Coordenação
Luciana Vaz Cameira

Analistas de Qualidade Editorial: Carina Xavier Silva, Cinthia Santos Galarza, Daniela Medeiros Gonçalves Melo, Daniele de Andrade Vintecinco e Maria Angélica Leite

Analistas Editoriais: Carolina Costa, Mayara Crispim Freitas e Roney Costa

Capa: Chrisley Figueiredo

Administrativo e Produção Gráfica
Coordenação
Caio Henrique Andrade

Analista Administrativo: Antonia Pereira

Assistente Administrativo: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Analista de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Marinoni, Luiz Guilherme
Novo curso de processo civil [livro eletrônico] : tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados, volume 3 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. -- 3. ed. -- São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016.
5,23 Mb ; PDF

2 ed. em e-book baseada na 2. ed. impressa.
Bibliografia.
ISBN 978-85-203-6709-4

1. Direitos civis 2. Medidas cautelares 3. Processo civil 4. Tutela jurisdicional I. Arenhart, Sérgio Cruz. II. Mitidiero, Daniel. III. Título.
15-11483 CDU-347.919.6

Índices para catálogo sistemático: 1. Direitos : Tutela jurisdicional : Técnica processual : Direito processual civil 347.919.6 2. Tutela jurisdicional : Direitos : Técnica processual : Direito processual civil 347.919.6

Ao Professor Ovídio Baptista da Silva,
por tudo que significa para a nossa tradição.

LUIZ GUILHERME MARINONI

Pós-Doutorado na Università degli Studi di Milano e na Columbia University. Visiting Scholar na Columbia University. Professor Titular de Direito Processual Civil nos cursos de graduação, mestrado e doutorado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professor Visitante em várias Universidades da América Latina e da Europa. Vice-Presidente da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional. Membro do Conselho Consultivo do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP e da International Association of Procedural Law – IAPL. Diretor do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal – IIDP. Tem mais de uma dezena de livros publicados no exterior. Recebeu o Prêmio Jabuti em 2009 e foi indicado ao mesmo prêmio nos anos de 2007 e 2010. Ex-Procurador da República. Ex-Presidente da OAB- -Curitiba. Advogado e Parecerista com intensa atuação nas Cortes Supremas.

SÉRGIO CRUZ ARENHART

Pós-Doutorado pela Università degli Studi di Firenze. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professor Adjunto de Direito Processual Civil nos cursos de graduação, mestrado e doutorado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR. Publicou 10 livros – um deles no exterior – e diversos artigos em revistas especializadas. Foi o mais jovem Juiz Federal do Brasil e, atualmente, é Procurador Regional da República na 4.ª Região, tendo ingressado no Ministério Público Federal mediante concurso nacional aprovado em 1.º lugar.

DANIEL MITIDIERO

Pós-Doutorado pela Università degli Studi di Pavia. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Professor Adjunto de Direito Processual Civil nos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Publicou 16 livros – dois deles no exterior – e diversos artigos em revistas especializadas nacionais e estrangeiras, dentre as quais a Zeitschrift für Zivilprozess International e o International Journal of Procedural Law. Membro da International Association of Procedural Law – IAPL, do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal – IIBDP, e do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Recebeu o Prêmio Jabuti em 2009. Advogado e Parecerista com intensa atuação nas Cortes Supremas.

APRESENTAÇÃO

Houve um tempo em que se imaginava que a tarefa da *doutrina era asséptica e neutra* em relação ao direito que lhe incumbia interpretar. Nesse caldo de cultura, certamente era recomendável que as obras de doutrina refletissem os debates sobre a formação da legislação (*travaux préparatoires*) e fossem escritas a partir da jurisprudência que procurasse *desvendar* o seu significado com o auxílio dos casos do foro. A preocupação da doutrina nesse ambiente seria propriamente a de *descrever* o sistema legal e a jurisprudência que a partir dele se formou.

É claro que, partindo-se dessas bases, impunha-se à doutrina um *compasso de espera*, um tempo de observação da legislação e da jurisprudência antes de lançar-se à sua tarefa de descrição do sistema. Tanto melhor seria o trabalho do intérprete quanto maior o material que pudesse recolher para sua *neutra exposição*.

É claro que semelhante modo de ver o papel da doutrina – e da interpretação que lhe toca – hoje só pode ser encarada como um capítulo concernente à *história do pensamento jurídico*. Como o direito depende de interpretação para adquirir significado normativo (daí porque se fala no percurso *das fontes às normas*) e a construção do sistema depende de conexões de sentidos normativos (daí porque *das normas ao sistema*), imaginar que a doutrina exerce um papel neutro e descritivo é pressupor que o direito não depende da conjugação dos esforços do legislador, do juiz e do professor para adquirir vida normativa. Sendo a atividade de interpretação do direito *adscritiva de significado* (e não meramente descritiva), o papel da doutrina não pode ser visto como neutro. Pelo contrário, tem de ser ativo e conformador do próprio direito.

Isso faz surgir sobre os ombros da doutrina uma responsabilidade que se supunha antes inexistente – ou para a qual se fazia questão de fechar os olhos: a *responsabilidade social* de oferecer bases de significados normativos para construção do significado das normas, para conformação dos institutos e para moldura do próprio sistema jurídico. E é claro que semelhante tarefa é urgente quando se procura imprimir uma *determinada maneira de compreender o processo civil*, especialmente quando está em jogo a face que pode tomar a Justiça Civil diante de uma nova codificação.

É diante desse contexto e embalados por essa tarefa que oferecemos os três volumes do nosso *Novo Curso de Processo Civil* à comunidade jurídica brasileira. Para que o processo civil seja capaz de prestar tutela aos direitos e a Justiça Civil seja capaz de tratar os casos com justiça e resolvê-los adequada, tempestiva e efetivamente, é imprescindível que a *doutrina colabore de forma ativa e criativa* para construção do novo processo civil.

Os três volumes do *Novo Curso* vêm sendo por nós cuidadosamente preparados desde que iniciaram os debates sobre o novo Código de Processo Civil – mais precisamente,

desde o momento em que oferecemos críticas e propostas ao Projeto em 2010. A partir daquele instante percebemos, inclusive, que era necessário abordar o processo civil a partir de suas peculiaridades teóricas (e isso fez com que optássemos por dedicar o volume I integralmente à teoria do processo civil – e apenas à teoria do *processo civil*) e que era necessário sistematizar o processo civil a partir do seu escopo de prestar tutela aos direitos (o que foi determinante para organização do *Novo Curso* nos dois volumes subsequentes: o volume II voltado à *tutela dos direitos mediante procedimento comum* e o volume III focado na *tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*), abandonando-se a velha organização de que caudatária o Código Buzaid, fundada na divisão estanque entre processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar.

Com isso, esperamos que o novo Código colabore na difusão de uma maneira de ver o processo civil centrada na ideia da tutela dos direitos e fomente o único compromisso plausível que se pode adscrever à Justiça Civil no Estado Constitucional: tratar os casos com justiça – e tudo que essa fórmula impõe para os direitos carentes de tutela e para a necessidade de unidade da ordem jurídica.

Por fim, agradecemos aos colegas Marcella Pereira Ferraro, Jordão Violin e Leandro Rutano, pelo minucioso trabalho de revisão realizado e pela constante disposição na verificação das várias versões do novo Código de Processo Civil ao longo de sua elaboração e da construção desta obra.

Verão de 2015.

LUIZ GUILHERME MARINONI

SÉRGIO CRUZ ARENHART

DANIEL MITIDIERO

PARTE I - A TEORIA DOS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS

(Autores)

Luiz Guilherme Marinoni

Sérgio Cruz Arenhart

Daniel Mitidiero

1. O mito do procedimento uniforme

A aversão aos procedimentos especiais é devida a dois fatores que se entrelaçam. De um lado, a ideia de tratamento uniforme a todas as posições sociais e situações substanciais. E, de outro, a necessidade de manter o processo isolado em relação ao direito material.

Dar tratamento uniforme às posições sociais e aos direitos é imposição pertinente à época do Estado liberal clássico, preocupado em garantir a liberdade e os direitos da classe burguesa. Supunha-se que, para conservar intacta a liberdade, o Estado não poderia dar tratamento diferenciado às pessoas e aos direitos. Não poderia dar proteção normativa nem desenhar políticas públicas destinadas a privilegiar situações substanciais que, numa perspectiva concreta, pudessem merecer atenção especial. Diferenciar procedimentos implicava diferenciar pessoas e situações, o que seria incompatível com a plena liberdade que o Estado deveria reservar aos particulares.

A necessidade de preservar a liberdade fez com que fosse afirmada a igualdade *formal*, levando à abstração das diferenças entre as pessoas e os bens. Por consequência, o autor – ou o réu – não era visto como "homem da rua", mas como "homem sem rosto" ou simplesmente como "parte" da relação jurídica processual.[1] Também não importava se o bem era essencial ao trabalho ou imprescindível a uma organização justa.

Se a igualdade formal inspira o ordenamento jurídico, apresentando-se como requisito para garantir a liberdade e o bom funcionamento do mercado, não há como pensar em tutela jurisdicional que tome em consideração determinados interesses socialmente relevantes ou em forma de "tutela jurisdicional diferenciada", a revelar a necessidade de

conferir “tratamento diferenciado” a situações e posições sociais distintas.

Ao se atribuir aos direitos natureza exclusivamente patrimonial, admite-se que a sua lesão possa ser aferida pelo “metro da pecúnia”, surgindo ao Estado o mero dever de prestar tutela pelo equivalente – ao valor do dano ou ao valor da prestação inadimplida.

A tutela jurisdicional do Estado liberal não tomava em consideração as diferentes necessidades e espécies de bens, ou mesmo pressupunha qualquer programa de proteção das posições sociais mais frágeis. A tutela jurisdicional, desejando apenas conservar em funcionamento o mercado, na perspectiva do princípio da igualdade formal, ignorava as características e as necessidades socialmente diversificadas das pessoas, limitando-se a exprimir a equivalência das mercadorias.[2]

No “mercado”, pouco importam as qualidades do sujeito ou dos bens.[3] Assim, a tutela pecuniária, ao expressar o custo econômico do valor da lesão ou do inadimplemento, era suficiente para não alterar a política do Estado e o funcionamento do mercado. Na realidade, a tutela pecuniária mantinha íntegros os mecanismos do mercado, sem afetar a sua lógica,[4] pois não interferia sobre aquilo que estava na esfera da autonomia da vontade dos contratantes e era protegido pelo princípio da liberdade. Lembre-se que, no Estado liberal, os limites impostos pelo ordenamento à autonomia privada eram de conteúdo negativo, gozando dessa mesma natureza a tutela pelo equivalente.

A tutela pelo equivalente neutraliza a diferença entre os direitos, na medida em que expressa uma forma de proteção jurisdicional *igual* a todas as situações concretas. Por outras palavras, a tutela pelo equivalente potencializa a tentativa de neutralização das situações substanciais.

Porém, o que igualizava as necessidades não era exatamente a forma processual – ou o procedimento – mas a tutela jurisdicional – pelo equivalente – que era entregue ao lesado. A partir desta forma de tutela, perfeita dentro da lógica do direito liberal, é que o procedimento e, inclusive, as sentenças eram concebidos.

O resultado da incidência dos valores do Estado liberal sobre a estruturação técnica do processo civil não podia ser outro que não o da uniformização do procedimento e das técnicas processuais. O legislador obviamente não podia traçar procedimentos diferenciados em atenção às dificuldades de acesso à justiça dos economicamente menos favorecidos nem procedimentos especiais para a tutela de situações substanciais específicas. Se a jurisdição deve tratar a tudo e a todos da mesma forma, é inevitável a instituição de um procedimento único e uniforme para todas as classes sociais e todos os direitos. A abstração do procedimento era a garantia de liberdade dos litigantes.

De outra parte, ao final do século XIX, os juristas empenharam-se em elaborar as bases e os princípios do direito processual civil.[5] Assim, a “nova escola processual italiana”, também denominada de sistemática, caracterizou-se por deixar para trás o

método exegético, próprio das tendências de origem francesa, e assumir uma postura histórico-dogmática, preocupando-se, sobretudo, em desvincular o direito processual civil do direito material e em evidenciar a natureza pública do processo. Nesta linha, delineou conceitos que, segundo sua concepção, seriam capazes de conferir autonomia e dignidade científica ao direito processual civil, antes concebido como simples *procedura civile (procedimento civil)*.

A *procedura civile* tem íntima relação com o processo civil comum – romano-canônico –, em que os pressupostos políticos, filosóficos e jurídicos que deram origem ao processo romano se dissolveram diante das pressões das variadas condições políticas, conduzindo à desvalorização da figura e da função do juiz e à valorização das formas. A *procedura civile*, ao tentar negar a importância do juiz, exaltou o formalismo, obscurecendo, por consequência, a verdadeira essência do processo.[6]

A escola sistemática, mediante a chamada "publicização" do processo civil, teve o mérito de evidenciar que por meio do processo se exprime a autoridade do Estado. Esta concepção levou ao abandono da ideia de que o processo seria um palco para os particulares resolverem os seus conflitos. E a ação, a partir daí, deixou de ser vista como apêndice do direito material, passando a ser compreendida como direito autônomo de natureza pública.[7]

Porém, em sua ânsia de redescobrir o valor do processo e de dar contornos científicos ao direito processual civil, a escola sistemática acabou excedendo-se em sua missão. A intenção de depurar o processo civil de sua excessiva contaminação pelo direito substancial, a ele imposta pela tradição jurídica do século XIX, levou a doutrina chiovendiana a erguer as bases de um "direito processual civil" completamente descompromissado com o direito material.[8]

Entendeu-se que o direito de ação nada teria a ver com o direito material. Ao redor da ação – concebida como verdadeiro polo metodológico – foram delineadas as sentenças, que, por circularem em torno de algo abstrato e vinculado apenas com o direito processual, foram concebidas a partir de critérios unicamente processuais e, desta forma, incapazes de dar significado à prestação jurisdicional.

No entanto, o fruto mais óbvio e marcante da escola sistemática foi a pretensão de uniformização do procedimento. A ideia de um único procedimento para atender a diferentes situações de direito substancial tem origem pouco mais do que óbvia na tentativa de isolamento do processo em face do direito material.

Surgiu, neste contexto, uma confusão entre autonomia científica, *instrumentalidade* e *neutralidade* do processo em face do direito substancial. Os processualistas clássicos estavam absolutamente certos quando afirmavam a autonomia do processo e a sua função instrumental em relação ao direito material. Realmente, era chegada a hora de se evidenciar a autonomia da ação e de se elaborar uma dogmática capaz de explicar os

institutos que fazem do direito processual civil uma ciência autônoma, ligada aos valores do Estado. O equívoco ocorreu ao não se perceber que, para se ter uma disciplina cientificamente autônoma, não é preciso, recomendável e possível se ter um direito processual neutro em relação ao direito material e à realidade da vida.[9]

Ninguém duvida que o processo não se confunde com o direito material. Contudo, a escola sistemática, ao construir as bases da autonomia do direito processual civil, parece ter esquecido a diferença entre autonomia, instrumentalidade e neutralidade. O fato de o processo civil ser autônomo e um instrumento para a realização do direito material não significa que ele possa ser neutro ou indiferente às variadas situações de direito substancial.

Autonomia não é sinônimo de neutralidade ou indiferença. Ao contrário, a consciência da autonomia pode eliminar o medo escondido atrás de uma falsa neutralidade ou de uma indiferença que, na verdade, é muito mais meio de defesa do que alheamento em relação ao que acontece à "distância das fronteiras". Na verdade, jamais ocorreu – ou poderia ter ocorrido – isolamento do direito processual, pois há nítida interdependência entre o processo e o direito material.

Portanto, não há dúvida de que a suposição de que bastaria um único procedimento para todas as situações de direito material implica lamentável confusão entre autonomia e neutralidade do processo.

Pretendeu-se, em um desejo que jamais poderia ser concretizado, que o processo realmente fosse indiferente ao direito material e à realidade social. Esse desejo, embora irrealizável, seria ligado à "formalização" do processo civil, indispensável para a eliminação de qualquer resquício de tratamento diferenciado aos direitos e às posições sociais. E, foi precisamente a busca de tratamento uniforme à realidade social e aos direitos, aliada à preocupação teórica em eliminar a postura que identificava o processo como mera regulação do direito material, que propiciou o banimento, quase absoluto, dos procedimentos especiais do panorama processual, fazendo emergir a ideia de um procedimento único e uniforme, para tudo e para todos, como exemplo de forma destinada ao exercício da jurisdição.[10]

1
Ver MARINONI, ARENHART, MITIDIERO. *Curso de processo civil*, vol. 1.

2
SALVATORE MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, p. 38.

3
"I soggetti dello scambio sono liberi di autodeterminarsi attraverso il contratto e debbono soltanto rispettare le regole del giuoco, le quali sono concepite nel presupposto della parità formale dei contraenti e non impongono di adequare il regolamento d'interessi a parametri di valutazione sociale. I limiti posti dall'ordinamento all'autonomia dei privati appaiono come limiti squisitamente negativi. Così è per il divieto di conformare il negozio in contrasto con le norme imperative e per la corrispondente sanzione della nullità. Ma così è anche per la misura del risarcimento del danno che consegue all'inattuazione dello scambio" (SALVATORE MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare* cit., p. 37-38).

4

“Le dottrine giuridiche dell’Ottocento, dopo la parentesi medioevale, recuperano appieno il principio romanistico (della prevalenza) della *condemnatio pecuniaria*, dovendo apparire, questa prevalenza, come la più funzionale alle esigenze del mercato. Nel mercato, com’è noto, non contano le qualità dei soggetti né quelle dei valori od interessi in esso presenti (astrattezza dei valori). In presenza di atti e/o di fatti che comportano inadempimento di obblighi e/o violazioni di diritti, la linea tendenziale è di imporre al responsabile il mero ‘costo economico’ di sifatti comportamenti, tendendosi in tal modo a riprodurre i meccanismi di mercato alterati” (ADOLFO DI MAJO, *La tutela civile dei diritti,* p. 156).

5

AMEDEO GIANNINI, Gli studi di diritto processuale in Italia, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 108 e ss.

6

SALVATORE SATTA, Dalla procedura civile al diritto processuale civile, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 29-30.

7

“L’azione non è piú una sorta di appendice del diritto sostanziale privato, ma un diritto autonomo di natura pubblica, che mira a produrre conseguenze giuridiche nella sfera della controparte (donde la nota definizione dell’azione come diritto potestativo), ma che soprattutto chiama in gioco l’autorità dello Stato come tramite e garante dell’attuazione della legge” (MICHELE TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal’700 a oggi,* p. 188).

8

CRISTINA RAPISARDA, *Profili della tutela civile inibitoria*, p. 217.

9

Como já advertiu PROTO PISANI, o direito processual – porque não pode se contentar com um único procedimento e uma única forma de tutela – não é algo *indiferente* à natureza dos interesses em conflito, e assim “non è correto parlare de *neutralità*”, uma vez que da predisposição de procedimentos idôneos a fornecer tutelas jurisdicionais adequadas às necessidades dos casos concretos depende a existência, ou o modo da existência, do próprio direito substancial. “Perché sia assicurata la tutela giurisdizionale di una determinata situazione di vantaggio violata, non basta que a livello di diritto processuale sia predisposto un procedimento quale che sia, ma è necessário che il titolare della situazione di vantaggio violata (o di cui si minaccia la violazione) possa utilizzare un procedimento (o più procedimenti) strutturato in modo tale da potergli fornire uma tutela effettiva e non meramente formale o astratta del suo diritto. Specificando, quindi, quanto detto poco fa, é possibile ora dire che il diritto sostanziale – sul piano della effettività, della giuridicità, non della sola declamazione contenuta nella carta stampata – esiste nella misura in cui il diritto processuale predispone procedimenti, forme di tutela giurisdizionale adeguate agli specifici bisogni di tutela delle singole situazioni di vantaggio affermate dalle norme sostanziali” (ANDREA PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 6).

10

A escola processual italiana do início do século XX teve o grande mérito de reconstruir o processo a partir de bases publicistas, mas iniciou a história que permitiu ao processo se afastar perigosamente dos seus compromissos com o direito material. A ação abstrata, preocupada em se despir de toda e qualquer mancha de direito material, não se ligou a qualquer técnica processual que pudesse indicar uma relação do processo com as necessidades do direito substancial. Ver o vol. 1 do presente *Curso de processo civil*.

Caso

Alfredo ajuizou ação contra Roberto visando à reparação do dano que este causou em sua residência quando sobrevoava a região em avião particular. Na petição inicial, formulou pedido de tutela ressarcitória na forma específica, a fim de que Roberto fosse compelido a realizar os consertos necessários no imóvel, para que pudesse retornar a nele residir o mais rápido possível. Em contestação, Roberto afirmou que não poderia ser obrigado a efetuar os reparos, pois a única forma de tutela ressarcitória prevista no ordenamento brasileiro seria a pelo equivalente ao valor da lesão; assim, deveria Alfredo apresentar o valor total do prejuízo, inclusive para que a petição inicial não fosse considerada inepta, e, se apresentado e produzidas as provas necessárias, a única possibilidade seria a correspondente sentença condenatória para pagamento de soma em dinheiro. Como você decidiria o caso, considerando provadas as alegações do autor?

2. A falsa ligação dos procedimentos especiais à visão imanentista da ação

A circunstância de o processo ser um instrumento não afasta a necessidade de se enxergar a influência que o direito material tem sobre o adequado funcionamento do procedimento e das técnicas processuais. Afinal, tanto o procedimento quanto as técnicas processuais só existem para atender aos direitos. Daí, aliás, a razão para se elaborar a teoria da tutela dos direitos, frisando-se a necessária correlação entre técnica processual e tutela dos direitos.[1]

Não obstante isso, a força que tiveram sobre os processualistas o princípio da abstração das pessoas e dos bens e a necessidade de depuração das formas processuais dos vestígios do direito material, encobriram, por muito tempo, a percepção de que a técnica processual, para bem funcionar, não poderia ignorar o direito substancial.

Consequência desse fato foi a resistência da doutrina processual do século XX em relação aos procedimentos especiais. Os processualistas clássicos enxergaram os procedimentos especiais como exceções ao "procedimento comum". CARNELUTTI, por exemplo, afirmou, sem qualquer constrangimento, que seria correto falar "di procedimenti *anomali* in confronto con il procedimento *normale*" (de procedimentos *anormais* em confronto com o procedimento *normal*).[2] SATTA, nessa mesma linha de defesa da uniformidade procedimental, em vez de falar em *anomali*, preferiu utilizar o termo *deviazione* (desvio) para identificar os procedimentos que fugiam do "schema tipico del processo contencioso ordinario".[3]

Essas expressões – sem dúvida negativas dentro de um método científico que deve ser plural – evidenciam a que ponto a doutrina chegou em sua frustrada tentativa de isolar o processo civil do direito material. Realmente, apenas o esquecimento da diferença entre as posições sociais e as situações de direito substancial poderia sustentar a negação da importância da pluralidade procedimental.

No Brasil, os procedimentos especiais foram equivocadamente vistos como resquício da época do imanentismo, isto é, do momento em que a ação constituía mero apêndice do direito material. Lembre-se que a Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973, logo no seu início, dizia que o legislador de 1939 elaborou o processo de conhecimento "segundo os princípios modernos da ciência do processo", tendo como "paradigma os Códigos da Áustria, da Alemanha e de Portugal".[4]

De acordo com essa Exposição de Motivos, nestes Códigos e nos trabalhos preparatórios de revisão legislativa feitos na Itália, o legislador de 1939 foi "buscar a soma de experiências e encontrar os altos horizontes, que a ciência pudera dilatar, a fim de construir uma sistemática de fecundos resultados práticos". Prosseguindo, observava a

Exposição de Motivos do Código de 1973 que o legislador de 1939 não havia sido feliz nas outras partes, pois "manteve injustificadamente uma série exaustiva de ações especiais". Exatamente neste ponto, a Exposição de Motivos remetia a nota de rodapé, em que se lê curiosa e, para o presente instante, ilustrativa advertência: "O Prof. Hugo Alsina não escondeu a sua perplexidade, ao verificar que o Código [de 1939] regulou sessenta e um processos especiais, *malgrado o confessado propósito de instituir um tipo único para as ações*".[5]

Como está claro, a elaboração dos Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973 não apenas foi influenciada, como expressamente admitiu o "propósito de instituir um tipo único para as ações". Tal propósito estaria, segundo a Exposição de Motivos de 1973, de acordo com os "princípios modernos da ciência do processo", que se ergueu a partir do final do século XIX e se consolidou mediante a escola sistemática ou chiovendiana.

Nesta dimensão, a resistência aos procedimentos especiais constituiu uma mitificação da teoria abstrata da ação, ou melhor, uma extrapolação indevida do verdadeiro significado teórico da autonomia da ação, somente explicável a partir de uma estima irracional ao conceito que afirmou a abstração do direito de ação.

Note-se, com efeito, que a abstração da ação não exige, como consequência lógica, a abstração do procedimento. Assimilação deste tipo seria explicável apenas se a autonomia da ação pudesse se desligar da necessidade de o procedimento se diferenciar em conformidade com a situação substancial. Haveria aí, sem dúvida, como já dito, uma lamentável confusão entre instrumentalidade e neutralidade do processo.

[1]

Esta teoria perpassa todo este *Curso de processo civil*. A preocupação com a tutela dos direitos não diz respeito apenas à idoneidade do processo para atender aos direitos, pois é uma questão que se coloca, já em um primeiro momento, no âmbito do direito material. E, no plano do direito material, implica a adoção de uma postura dogmática que retira o foco das normas ditas atributivas de direitos para jogar luz sobre a esfera das tutelas, local em que se encontram as formas de tutela ou de proteção que os direitos reclamam quando são violados ou expostos a violação. 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. 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 da 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 esta posição exija. Há aí um proposital desvio de rota dirigido a permitir a diferenciação entre a atribuição – ou, como dizem alguns, a proclamação – de direitos e a existência de "posições jurídicas protegidas". Note-se que ter direito à imagem é algo muito diferente do que ter uma forma de tutela adequada à sua proteção, como a tutela inibitória. Ter direito ao meio ambiente sadio não quer dizer ter direito à tutela ressarcitória na forma específica. O direito do consumidor, para deixar de ser mera proclamação, deve ter ao seu dispor a tutela capaz de remover os efeitos concretos derivados do ato que violou a norma de proteção, e assim por diante. Ademais, a questão das formas de tutela, por dizer respeito ao plano do direito material, não deve se confundir com o problema de se saber se o processo civil é capaz de dar efetividade aos direitos, ou melhor, às formas de tutela prometidas pelo direito material. Pergunta-se sobre as formas de tutela na esfera do direito material, portanto antes de se analisar a efetividade do processo. Aliás, caso a questão das "formas de tutela" pudesse ser confundida com a da "efetividade do processo", estaria negada a obviedade de que a pergunta sobre a forma de tutela é um degrau que necessariamente deve ser ultrapassado para se chegar à problematização da efetividade do processo. O processo deve estruturar-se de maneira tecnicamente capaz de permitir a prestação das

formas de tutela prometidas pelo direito material. Por isso, entre as tutelas dos direitos e as técnicas processuais deve haver uma relação de adequação. Mas essa relação de adequação não pergunta mais sobre as formas de tutela, porém sim a respeito das técnicas processuais. Ou melhor, quando se indaga sobre a efetividade do processo já se identificou a forma de tutela prometida pelo direito material, restando verificar se as técnicas processuais são capazes de propiciar a sua efetiva prestação. Não é por outro motivo que não se pode misturar tutela inibitória com sentença mandamental ou tutela ressarcitória pelo equivalente com sentença condenatória. Também por essa razão não há como deixar de constatar que a tutela antecipada não é uma técnica processual, mas a antecipação da forma de tutela capaz de atender ao direito material. Na realidade, como agora é fácil notar, há uma técnica para a antecipação da tutela. Assim como a sentença e os meios executivos servem para viabilizar a tutela final, a decisão antecipatória e os meios executivos a ela adequados têm o objetivo de permitir a antecipação da tutela. Quando se propõe o binômio técnica processual-tutela dos direitos não se quer simplesmente reafirmar a velha estória da necessidade de adequação do processo ao direito material. Deseja-se, isto sim, a partir de uma postura dogmática preocupada com as posições jurídicas protegidas e com as formas de tutela necessárias para lhes dar proteção – e não mais apenas com as normas atributivas de direitos –, chegar a uma verdadeira análise crítica da ação e do processo, mediante a verificação da idoneidade das técnicas processuais para prestar as formas de tutela prometidas pelo direito material. Ver, especialmente, o vol. 1 deste *Curso de processo civil*.

[2]

FRANCESCO CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile,* vol. 3, p. 9.

[3]

SALVATORE SATTA, *Diritto processuale civile,* vol. 1, p. 755.

[4]

Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973, redigida pelo então Ministro da Justiça Alfredo Buzaid.

[5]

Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973 cit., redigida pelo então Ministro da Justiça Alfredo Buzaid.

Caso

Joana, possuidora de uma fazenda, ajuizou demanda contra Carlos, pedindo tutela possessória em razão do esbulho que ele cometeu 15 meses antes do ajuizamento. Logo na inicial, requereu antecipação da tutela, para recuperação da posse, alegando situação de urgência. O juiz indeferiu o requerimento, justificando que há previsão de procedimento especial para tutela possessória, procedimento em que seria exigida a observância do prazo de ano e dia para proteção provisória da posse; assim, como no caso já havia transcorrido tal prazo, não poderia ser concedida a tutela antecipatória requerida. Você, relatando o recurso interposto contra essa decisão, concordaria com a conclusão do magistrado?

3. Direito ao procedimento adequado como corolário do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva

A transformação do Estado e a evolução da sociedade fizeram surgir novas situações tuteláveis e, assim, o aparecimento de outras razões para demandar. Além disto, percebeu-se, e já há bastante tempo, que a fruição dos direitos pode ter um componente econômico, ou melhor, que alguns direitos dependem, para serem efetivamente exercidos, de capacidade econômica.

Esta última questão levou a doutrina a identificar os obstáculos econômicos que poderiam afetar o exercício da ação. Foi quando o direito de ação foi trabalhado como "direito de acesso à Justiça". Como resposta, fez-se clara a ideia de que a diferenciação dos procedimentos seria indispensável em um ordenamento jurídico marcado pela igualdade substancial e empenhado em viabilizar a todos o acesso ao Poder Judiciário.

Contudo, o problema relativo à diferenciação de procedimentos para a efetiva tutela dos direitos foi percebido há menos tempo. Nesta linha, falou-se em *tutelas* diferenciadas, desejando-se aludir, em verdade, a *procedimentos* diferenciados.

Em consequência, passou-se a entender que o direito de ação também garante o procedimento e as técnicas processuais adequadas. Assim, extraiu-se do art. 5.º, XXXV, da CF, um direito de ação que não mais se limita a garantir uma simples resposta do juiz – como propuseram as teorias abstratas e a própria teoria da ação elaborada por Liebman.[1]

O direito de ação, atualmente, deve permitir ou viabilizar o efetivo alcance das tutelas prometidas pelo direito material. Deve "permitir ou viabilizar" porque a tutela do direito somente é prestada quando o direito material é reconhecido no caso concreto. Mas, quando o direito é reconhecido, a tutela jurisdicional há de ser efetiva. Como foi demonstrado no volume 1 do presente *Curso de processo civil*,[2] o direito de ação deve, necessariamente, contar com procedimento e técnicas processuais idôneas à particular tutela do direito substancial, uma vez que, de outra maneira, ainda que o direito seja reconhecido, a tutela do direito não será efetivamente prestada. Ou seja, a efetiva tutela do direito material não depende apenas do reconhecimento do direito material ou do julgamento do mérito, o que evidencia que a ideia de direito de ação, nos dias de hoje, está a quilômetros de distância da teoria da ação que se limitava a garantir uma resposta do juiz.

Aliás, a prova sensível de que o direito de ação não se exaure com a sentença que julga o mérito está na circunstância de que a ação, muitas vezes, continua a ser exercida depois do trânsito em julgado da sentença, exigindo, para tanto, as técnicas executivas idôneas, como a penhora *on-line ou as técnicas de indução, necessárias à efetiva e adequada concretização do direito já afirmado*. E isto pelo simples motivo de que o direito

de ação não deseja uma simples sentença de mérito, porém a tutela do direito, que nesses casos se traduz na concreta realização da prestação devida.

O direito de ação tem como corolário o direito ao procedimento e às técnicas processuais adequadas. O direito de ação é exercido através do procedimento e mediante as técnicas processuais adequadas, e, portanto, deles depende. A relação do direito de ação com o procedimento adequado ficou evidente, na prática forense, quando o art. 798 do CPC/1973, fundamento da então existente "ação cautelar inominada",[3] passou a ser utilizado como válvula de escape para a supressão da falta de procedimento especial ou de procedimento adequado a uma determinada situação de direito substancial.

A ausência de procedimento de conhecimento para a tutela preventiva ou mesmo a falta de procedimento semelhante ao do mandado de segurança, capaz de permitir tutela jurisdicional tempestiva contra o particular, na vigência daquela legislação processual, levaram ao uso *não cautelar* da ação cautelar inominada, que acabou sendo aceito pela jurisprudência em nome da necessidade de efetiva tutela aos direitos. Ou seja, o uso distorcido daquela ação cautelar inominada, ou melhor, a invocação do fundamento da ação cautelar inominada para a tutela de situações substanciais não protegidas pelo procedimento comum e pelos procedimentos especiais, foi fundamentado no direito constitucional de ação.[4]

1
Ver MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, *Curso de processo civil,* vol. 1.

2
Idem.

3
Rito especial e autônomo então previsto para o pedido de proteção cautelar. A ação cautelar inominada era, naquele diploma, uma ação deduzida por procedimento autônomo – ainda que ligada instrumentalmente a outra tutela (a satisfativa) – que tinha por finalidade a obtenção de proteção assecuratória, fora dos casos das medidas cautelares específicas, tratadas por aquela legislação. Assim, sempre que alguém tivesse interesse seu em risco de não ser satisfeito ao final, provando a probabilidade da existência desse seu interesse, poderia pretender a proteção cautelar judicial. Isso, porém, não era feito incidentalmente no processo "principal", como hoje em dia. Ao contrário, dependia de um procedimento próprio, estruturado apenas para a obtenção da tutela cautelar.

4
A ação cautelar, quando utilizada para dar tutela aos direitos da personalidade, assumiu a configuração de ação autônoma e satisfativa, que independia do ajuizamento de outra demanda e que não possuía referibilidade e nenhuma outra demanda (que pudesse ser chamada de satisfativa).

Caso

Uma associação constituída para proteção do meio ambiente tomou conhecimento de que um navio cargueiro que está na iminência de atracar no Porto de Paranaguá apresenta problemas técnicos, de modo que, caso atraque, provocará um grave dano ambiental. Imediatamente, o responsável por aquela entidade lhe procura, questionando se seria possível adotar alguma medida judicial rápida, para evitar que o desastre aconteça, apesar de as informações obtidas até o momento não permitirem um delineamento preciso da situação ou serem carentes de provas robustas. Qual seria sua resposta à consulta, enquanto advogado ou advogada?

4. O direito ao procedimento adequado

4.1. As diversas necessidades de tutela do direito material

A primeira ideia que se tem quando se alude aos procedimentos especiais é vinculada à necessidade de diferenciação do procedimento para bem atender a uma particular situação de direito substancial.

É o caso, por exemplo, da ação de reintegração de posse, cujo procedimento sempre previu técnica de antecipação da tutela e sentença diferenciada, isto é, sentença executiva. Tal técnica antecipatória não requer a presença de urgência, estando atrelada à natureza da tutela possessória. Além disto, a ação de reintegração de posse, em virtude da particular situação substancial que objetiva tutelar, jamais se adaptou à sentença condenatória.[1] Com isso, atendia-se às exigências do direito material (civil) em contemplar a possibilidade de recuperação imediata da posse no caso de ação de "força nova", bem como a necessidade de que o provimento judicial efetivamente resultasse na obtenção da posse do bem esbulhado.

Os procedimentos especiais, ditos de "jurisdição contenciosa", porque foram concebidos para lidar com situações conflituosas, em que há efetiva ou potencial resistência no atendimento a certa pretensão, são estruturados para a tutela de particulares situações substanciais. O mesmo ocorre com outros procedimentos especiais previstos na legislação processual extravagante, como, por exemplo, o da ação de alimentos (Lei 5.478/1968).

Estes procedimentos são construídos com base em técnicas de cognição e costumam ser dotados de técnica antecipatória e de meios executivos diferenciados. A ação de reintegração de posse, ao obstar a alegação de domínio pelo réu, restringe a extensão do litígio e limita a cognição do juiz no sentido horizontal. Trata-se de procedimento que se vale da técnica da cognição parcial, ou seja, de técnica que limita, em parte ou parcialmente, a cognição judicial sobre o conflito de interesses.

Determinados procedimentos, em razão da particularidade do direito cuja tutela se destinam, expressamente abrem oportunidade à antecipação de tutela, em alguns casos sem que exista a necessidade de se invocar urgência, como é o caso das ações possessórias e da ação de alimentos. A especial natureza da tutela possessória fez com que o legislador impusesse a sua concessão liminarmente, sem a ouvida do réu, quando demonstrados os seus pressupostos na petição inicial (arts. 562 e 563 do CPC). De outra parte, a sensível natureza da tutela alimentar, levou o legislador a dispor que o juiz, ao despachar a petição inicial, "fixará desde logo alimentos provisórios a serem pagos pelo devedor, salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita" (art. 4.º, *caput*, da Lei 5.478/1968).

Além disto, tais procedimentos frequentemente são providos de meios executivos qualificados à realização do particular direito a que devem prestar tutela. Assim, dizia, há muito tempo, o art. 17 da Lei 5.478/1968 (hoje substituído pelo art. 529, § 3.º, do CPC/2015) que, "quando não for possível a efetivação executiva da sentença ou do acordo mediante *desconto em folha*, poderão ser as prestações cobradas de alugueres de prédios ou de quaisquer outros rendimentos do devedor, que serão recebidos diretamente pelo alimentando ou por depositário nomeado pelo juiz". Ou seja, a tutela alimentar, ao contrário da tutela do simples crédito pecuniário, enfatiza expressa e claramente a necessidade de emprego de meios dotados de peculiar força, como o desconto em folha, o desconto de renda e até mesmo a prisão (arts. 528 e 529 do CPC).[2]

4.2. A tutela dos menos favorecidos economicamente

Em virtude do dever de viabilizar o acesso de todos ao Poder Judiciário, o Estado tem que editar procedimentos acessíveis àqueles que possuem menos recursos financeiros.

Estes procedimentos devem conter qualidades que os façam mais baratos, rápidos e informais. Nessa linha, o legislador, em obediência às normas constitucionais que garantem o direito de acesso à Justiça (art. 5.º, XXXV, da CF) e o direito à assistência jurídica gratuita (art. 5.º, LXXIV, da CF), editou o procedimento dos Juizados Especiais, que foi formatado para permitir um acesso mais efetivo à Justiça. Logo no art. 2.º da Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/1995), afirma-se que o seu procedimento orienta-se pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade. As mesmas características estão presentes no procedimento dos Juizados Especiais Federais, embora a lei que o instituiu (Lei 10.259/2001) não as tenha previsto expressamente.

A gratuidade é uma das principais características do procedimento dos Juizados Especiais. O acesso ao Juizado independe, em primeiro grau, do pagamento de custas, taxas ou despesas. Entretanto, a interposição de recurso "compreenderá todas as despesas processuais, inclusive aquelas dispensadas em primeiro grau de jurisdição, ressalvada a hipótese de assistência judiciária gratuita" (art. 54, parágrafo único, da Lei 9.099/1995). Afirma o art. 55 da Lei dos Juizados Especiais, que a sentença de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogado, ressalvados os casos de litigância de má-fé. Em segundo grau, o recorrente, vencido, pagará custas e honorários de advogado, que serão fixados entre dez e vinte por cento do valor de condenação ou, não havendo condenação, do valor corrigido da causa. Na execução não serão contadas custas, salvo quando: (i) reconhecida a litigância de má-fé; (ii) improcedentes os embargos do devedor; (iii) tratar-se de execução de sentença que tenha sido objeto de recurso improvido do devedor.

O art. 9.º, *caput*, da Lei dos Juizados Especiais estabelece que, nas causas de valor até vinte salários mínimos, o acompanhamento das partes por advogado é facultativo;[3] nas de valor superior a vinte salários mínimos, a assistência é obrigatória. De qualquer forma,

deixa-se claro que se uma das partes comparecer assistida por advogado, ou se o réu for pessoa jurídica ou firma individual, terá a outra parte, se quiser, assistência judiciária prestada por órgão instituído junto ao Juizado Especial (art. 9.º, § 1.º, da Lei 9.099/1995). Além disto, diz o art. 9.º, § 2.º, que, quando a causa o recomendar, o juiz deve alertar as partes da conveniência do patrocínio por advogado.

O procedimento dos Juizados Especiais, além de preocupado com o custo, procura atender de forma mais célere aos reclamos do cidadão. Neste procedimento, ao contrário do que ocorre no "processo de conhecimento comum", não se admite recurso contra as decisões interlocutórias, exceto quando necessário para evitar dano de difícil reparação (art. 5.º da Lei 10.259/2001).

Nos Juizados Especiais Estaduais, o recurso contra a sentença deve ser recebido apenas no efeito devolutivo; neste caso, o juiz poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso para evitar dano irreparável (art. 43 da Lei 9.099/1995). Já nos Juizados Federais, a execução da sentença somente pode se realizar depois do trânsito em julgado.

Nos Juizados Especiais Federais, e nos Juizados Especiais Estaduais da Fazenda Pública, não há reexame *necessário*, dispensando-se a remessa obrigatória para o Tribunal nos casos de sentenças proferidas contra a Fazenda Pública Federal (art. 13 da Lei 10.259/2001 e art. 11 da Lei 12.153/2009).

O procedimento dos Juizados Especiais Federais contribui para a celeridade ao abolir os prazos mais dilatados em favor das pessoas jurídicas de direito público.[4] Estabelece expressamente o art. 9.º da Lei 10.259/2001, que "não haverá prazo diferenciado para a prática de qualquer ato processual pelas pessoas jurídicas de direito público, inclusive a interposição de recursos, devendo a citação para audiência de conciliação ser efetuada com antecedência mínima de trinta dias".

A execução de quantia certa nos Juizados Especiais Federais é intimamente preocupada com a celeridade, pois, ao invés de se realizar mediante precatório requisitório, ocorre, em princípio, através de requisição, que, em caso de inadimplemento, abre imediata oportunidade para o sequestro da quantia não paga. De acordo com o art. 17, *caput*, da Lei 10.259/2001, proferida a sentença condenatória, o pagamento deve ser efetuado "*no prazo de sessenta dias*, contados da entrega da requisição, por ordem do Juiz, à autoridade citada para a causa, na agência mais próxima da Caixa Econômica Federal ou do Banco do Brasil, *independentemente de precatório*".[5] Não sendo atendida a requisição, o juiz deve determinar "o sequestro do numerário suficiente ao cumprimento da decisão" (art. 17, § 2.º, da Lei 10.259/2001).

A informalidade é outra característica do procedimento dos juizados, objetivando maior celeridade, redução de despesas e facilitação do processamento das demandas. Lembre-se que, de acordo com os arts. 14 e 30 da Lei 9.099/1995, a petição inicial e a contestação podem ser apresentadas por escrito ou oralmente.

4.3. A tutela dos direitos transindividuais

Há tempo os direitos fundamentais deixaram de ser vistos apenas como direitos de defesa ou como direitos de liberdade e passaram a ser concebidos como direitos a prestações, que podem ser classificados como direitos a prestações sociais, direitos a proteção – direitos que obrigam o Estado a proteger os direitos fundamentais – e direitos de participação, vale dizer, direitos que reclamam canais e locais para a participação no poder.

A concretização dos direitos a prestações sociais e para a efetivação dos direitos a proteção evidenciou a necessidade de participação da coletividade. E, por isso, ao lado dos direitos a prestações sociais e dos direitos a proteção, surgiram os direitos de participação.

Esta participação deve ser oportunizada e incentivada não apenas através da reserva de locais de participação em órgãos públicos ou em procedimentos voltados a tomada de decisões públicas, na esfera administrativa, mas também mediante procedimentos judiciais, capazes de permitir a tutela dos direitos transindividuais e da coisa pública.

Os direitos transindividuais, porque não pertencem apenas a uma pessoa, mas sim à coletividade, obrigaram a reconceituação da categoria da legitimidade para a causa, que sempre foi ligada à titularidade do direito material. Diante da natureza transindividual do direito, a solução brasileira (ao menos a que deu melhores frutos) foi a de conferir legitimidade a alguns entes que, supostamente, teriam representação adequada para a sua reivindicação em juízo.

Objetivando permitir a tutela dos direitos transindividuais, o sistema formado pela Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985) e pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), além de atribuir legitimidade para a causa a determinados entes e associações,[6] instituiu sentença de procedência capaz de estender-se *erga omnes* ou *ultra partes*.[7] Nos termos da legislação brasileira, a primeira tem por finalidade beneficiar a coletividade, em caso de direitos difusos, e a segunda o grupo, na hipótese de direitos coletivos.

Nessa perspectiva, e no que aqui particularmente interessa, a ação coletiva é um canal aberto para a coletividade reivindicar a proteção dos direitos transindividuais, como os direitos ao meio ambiente e do consumidor, e assim participar do poder, ainda que através de um ente legitimado.[8]

Além disto, atribui-se a qualquer cidadão[9] legitimidade para propor ação popular em busca da correção de eventual desvio na gestão da coisa pública. O art. 5.º, LXXIII, da CF estabelece que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o

autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência".

Como a cidadania exige abertura para a participação nas discussões de relevo para a sociedade, o processo judicial não pode deixar de contribuir para a otimização desta participação. As ações civis públicas e a ação popular constituem autênticas vias de participação popular. Trata-se de instrumentos ligados à ideia de democracia participativa ou de incremento da participação direta no poder e na vida social.

Nesta dimensão, o procedimento assume a condição de conduto para a participação, otimizando a participação do povo na reivindicação dos direitos fundamentais e na gestão da coisa pública. Desta forma, através do procedimento, permite-se democratizar a democracia.[10]

4.4. A observância de outros valores

Enfim, há uma multiplicidade de questões que entram em cena quando se avalia a necessidade de fixação de um procedimento especial. Desde interesses respeitantes a certas categorias a situações peculiares do tratamento do direito subjetivo, várias questões podem ser tidas como relevantes para a configuração de um rito diferenciado.

O respeito a todos esses ingredientes é importante para não "ordinarizar" qualquer espécie de demanda e para oferecer proteção adequada a cada forma de interesse posta em juízo.

Daí a importância de não se menosprezarem esses procedimentos, nem se descurar de suas peculiaridades e da necessidade dos direitos que subjazem esses instrumentos.

Há, enfim, nos procedimentos especiais, maior preocupação com a necessidade de tutela adequada dos direitos, especialmente para casos em que a sua especial configuração tornaria inviável a proteção pela vala comum do procedimento ordinário.

4.5. As ações constitucionais

Ao lado das questões antes aventadas, não se pode esquecer o tratamento de ações que, por sua dignidade, estão previstas expressamente no texto constitucional. Neste momento inicial, parece relevante notar que a ordem jurídica brasileira entendeu que a dignidade constitucional de alguns instrumentos específicos exige do leitor redobrada atenção.

A rigor, tomada a garantia de ação como uma garantia fundamental processual geral (art. 5.º, XXXV, da CF), impõe-se a conclusão de que qualquer direito material – fundamental ou não – merece proteção adequada, tempestiva e efetiva. Por isso, o simples fato de um determinado procedimento contar com previsão no texto constitucional não lhe dá nenhum *status* superior no que diz respeito à garantia de (uma maior) efetividade de proteção dos direitos sujeitos a ele. Assim, não é porque o mandado de

segurança tem expressa previsão constitucional que se pode supor que os interesses por ele protegidos devam ser "mais adequadamente" tutelados do que qualquer outro direito, protegido, por exemplo, por demandas propostas pelo rito ordinário.

Em síntese, o direito à efetividade da jurisdição se estende a *todos os interesses* e a necessidade de adequação dos procedimentos abrange *todos os processos e procedimentos*, tenham ou não expressa previsão constitucional.

Todavia, a previsão, no texto constitucional, de alguns procedimentos em particular serve, ainda hoje, para basicamente duas finalidades. Inicialmente, ressalta a *importância* daquele procedimento e dos direitos por ele protegidos, reforçando o compromisso do Estado brasileiro com a sua preservação. Sob esse aspecto, há sobretudo uma função *didática* para essa previsão, no sentido de explicitar o comprometimento da nação brasileira com esses valores.

Em segundo lugar, elevando-se esses procedimentos ao plano constitucional, é reconhecida a impossibilidade de sua eliminação da ordem jurídica. Assim, a par de exigir que os interesses protegidos por esses procedimentos gozem de uma tutela tempestiva, adequada e efetiva, impede-se que essa proteção se dê, apenas, pelos caminhos regulares. Exige-se a manutenção de procedimentos específicos para a proteção desses valores – sem prejuízo, porém, de que essa mesma proteção adequada possa ser eventualmente buscada por outras vias – ficando vedado ao legislador ordinário, ou ao Judiciário, subtrair esse rito ou diminuir seu núcleo essencial de tutela.

As ações constitucionais, enfim, representam a preocupação do constituinte em oferecer procedimentos diferenciados – e, consequentemente, tutela jurisdicional adequada – a certos valores relevantes, demonstrando o seu efetivo compromisso com a efetiva tutela dos direitos.

[1] O equívoco em pretender conferir sentença condenatória ao titular do direito real encontra origem na indevida expansão do conceito de obrigação e na chamada personalização do direito real. Lembre-se que Kant, ao afirmar que as coisas não podem ser objeto de direitos e deveres e que a relação jurídica se configura entre pessoas, ofereceu a primeira configuração da teoria personalista do direito real. De acordo com essa teoria, que predominou no final do século XIX e na primeira metade do século XX, a relação entre sujeito e coisa não teria relevância jurídica, pois o direito seria constituído por regras atinentes às relações intersubjetivas. A relação jurídica dar-se-ia exclusivamente entre sujeito e sujeito, e não entre sujeito e coisa. O direito real, nessa linha, é configurado como poder ou pretensão de um sujeito no confronto de todos os outros sujeitos do ordenamento, os quais são levados a se abster de qualquer ingerência sobre a coisa. Dessa maneira, o conteúdo do poder que constitui o direito real torna-se negativo, da mesma forma que é negativo o dever geral, que recai sobre todos os sujeitos do ordenamento, de não turbar o titular do direito no exercício do próprio direito. A partir da premissa de que a relação jurídica somente pode se dar entre sujeito e sujeito, o direito real passa a ser visto como uma obrigação com sujeito passivo universal. Porém, como a obrigação era a fonte da condenação, além da transformação do direito real em obrigação, confere-se ao direito real a sentença (condenatória) adequada à tutela do direito obrigacional. A mutilação é dupla. Como é óbvio, por meio da ação de reintegração de posse pede-se a coisa e não o cumprimento de obrigação. A realização do direito obrigacional depende da retirada de algo que está *legitimamente* no patrimônio do devedor. Todavia, quando a sentença de reintegração de posse declara a ilegitimidade da posse, o ato de execução transfere ao patrimônio do autor o que está *ilegitimamente* no patrimônio do réu. Ora, se a sentença de procedência, neste caso, afirma que a posse da coisa que está *ilegitimamente* no patrimônio do réu deve ser entregue ao autor, basta a expedição de mandado de reintegração. Não há cabimento em condenar o réu a prestar ou a entregar a coisa. Ver MARCO COMPORTI, *Diritti reali in generale,* p. 13; OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA,

Jurisdição e execução, p. 140; LUIZ GUILHERME MARINONI, *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 357-358.

2

Os alimentos não podem ser confundidos com a tutela específica de pagar dinheiro derivada de lei (dívida em relação à Fazenda Pública) ou de contrato, ou mesmo com a tutela ressarcitória pelo equivalente. Os alimentos, como não poderia ser de outra forma, têm características inconfundíveis quanto à necessidade do credor. É sabido que aquele que tem direito a alimentos possui a necessidade de tutela jurisdicional célere. Mas isso não ocorre apenas em relação aos alimentos legítimos. Aquele que sofreu dano, e necessita urgentemente de dinheiro para suprir necessidade, também possui direito a alimentos, que então são ditos indenizativos. A vítima de ato ilícito que precisa realizar urgentemente despesas médicas, ou mesmo suprir necessidades pessoais ou da sua família, não pode esperar o tempo necessário para a definição do processo de conhecimento. Desse modo, não lhe resta outra alternativa, diante da ação de ressarcimento, a não ser postular tutela antecipatória, que é, em realidade, tutela alimentar indenizativa. Essa espécie de tutela antecipatória encontra lastro, no direito brasileiro, no art. 300, e tem similar, no direito italiano, na providência que pode ser concedida a partir do art. 24 da Lei 990, de 24.12.1969. Essa Lei – que trata do seguro obrigatório por responsabilidade civil em caso de acidente de veículos – estabelece, no seu art. 24, a possibilidade de a vítima requerer, quando em estado de necessidade, a antecipação de até quatro quintos do valor que espera receber no final do processo. Como está claro, o credor de alimentos deve ter ao seu dispor técnica antecipatória e modalidades executivas diferenciadas em relação à forma executiva que serve ao crédito pecuniário destituído de função não patrimonial. (v. a esse respeito, as considerações feitas no vol. 2, deste *Curso*, a respeito da tutela dos alimentos indenizativos).

3

Segundo o art. 41, § 2.º, da Lei 9.099/1995, “no recurso, as partes serão obrigatoriamente representadas por advogado”.

4

De acordo com o art. 183 do CPC, o Poder Público goza de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, excetuados casos de regra específica em sentido contrário.

5

Lembre-se que a execução de quantia certa contra a Fazenda Pública é realizada, em regra, através do sistema de precatório (art. 100 da CF). À exceção dos créditos de natureza alimentícia e os considerados de “pequeno valor”, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. De acordo com o art. 17, § 1.º, da Lei 10.259/2001, “para os efeitos do § 3.º do art. 100 da CF [que faz referência à dispensa do precatório nas hipóteses de créditos de “pequeno valor”], as obrigações ali definidas como de ‘pequeno valor’, a serem pagas independentemente de precatório, terão como limite o mesmo valor estabelecido nesta Lei para a competência do Juizado Especial Federal Cível (art. 3.º, *caput*)”.

6

Art. 5.º da LACP; art. 82 do CDC.

7

Art. 103, I e II, do CDC.

8

“O direito a um procedimento justo implicará hoje a existência de procedimentos colectivos (*Massenverfahren* na terminologia alemã), possibilitadores da intervenção colectiva dos cidadãos na defesa de direitos econômicos, sociais e culturais de grande relevância para a existência colectiva (exemplo: ‘procedimentos de massas’ para a defesa do ambiente, da saúde, do patrimônio cultural, dos consumidores). Trata-se, aqui, de um tipo de procedimento que visa satisfazer os mesmos objectivos da acção popular de natureza jurisdicional, e, por isso, deve considerar-se abrangido pelo âmbito de protecção do art. 52.º/3 da CRP” (JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional*, p. 665).

9

De acordo com o art. 1.º, *caput*, da Lei da Ação Popular (Lei 4.717/1965), é legitimado para a ação popular “qualquer cidadão”. Segundo § 3.º deste artigo, “a prova da cidadania, para ingresso em juízo, será feita com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda”.

10

Ver JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional,* cit., p. 366.

Caso

Luís, um cidadão sempre ativo na fiscalização das contas dos diferentes entes da federação, ficou indignado com o contrato de 3 milhões de reais para construção de estatuas em uma praça de um Município do Estado vizinho ao de sua residência, ajuizando então uma ação popular para proteção do patrimônio público. O juiz, porém, indeferiu a petição inicial, porque Luís não teria legitimidade, já que era outro seu domicílio eleitoral. Agiu corretamente o juiz?

5. Do equívoco do procedimento único à utopia das "tutelas jurisdicionais diferenciadas"

A necessidade de tratamento diversificado às diferentes situações de direito substancial fez surgir reação à teoria da uniformidade procedimental. Falou-se em "tutelas jurisdicionais diferenciadas",[1] aí compreendidas as formas procedimentais que se contrapõem ao solene procedimento ordinário, marca do procedimento que objetivou uniformizar o tratamento aos direitos e às posições sociais. Portanto, a tese de tutelas jurisdicionais diferenciadas objetivava procedimentos jurisdicionais diferenciados ou, simplesmente, procedimentos especiais.

Porém, se a técnica processual deve responder às diferentes situações substanciais, é impossível ao legislador instituir tantos procedimentos diferenciados quantas sejam as necessidades de direito material carentes de tutela jurisdicional.

Note-se, ademais, que a técnica processual não apenas deve resposta às diferentes necessidades de tutela do direito material, vistas em abstrato, mas especialmente às particularidades dos casos conflitivos concretos. Quer-se dizer, com isto, que a realização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva depende da possibilidade do uso da técnica processual adequada às especificidades do caso concreto.

É evidente que não é possível instituir *procedimento* adequado ao caso concreto, uma vez que as suas nuances são naturalmente imprevisíveis. A predisposição legislativa das técnicas processuais (procedimentos) que devem ser utilizadas conforme as necessidades de tutela do direito material não é suficiente quando se tem em mira atender às características do caso concreto.

Quando se pensa em "caso concreto", e assim em particularidades insuscetíveis de previsão, há que se tomar em conta uma técnica legislativa que não defina, em abstrato, o instrumento processual que deve ser utilizado, mas sim *aquilo* que pode ser usado conforme as necessidades do caso concreto.

Neste sentido, o legislador pode dar à parte ou ao magistrado o poder de adotar, entre várias, a técnica processual que reputar adequada às suas necessidades, ou ainda o poder de utilizar técnica processual que dependa da demonstração de determinada circunstância capaz de ocorrer no caso concreto.

O legislador assim procede quando edita regras processuais abertas, ou melhor, regras processuais que expressamente afirmam a possibilidade de individualização de técnica processual ou regras processuais que se valem de conceitos carentes de preenchimento no caso concreto, deferindo a oportunidade de utilização da técnica processual desde que presente determinado pressuposto.

[1]

A questão das “tutelas jurisdicionais diferenciadas” surgiu diante da norma que abre oportunidade à ação cautelar inominada. Em razão da ausência de procedimentos adequados às novas situações carentes de tutela, a ação cautelar inominada passou a ter o seu uso distorcido, levando à configuração de procedimentos sumários não cautelares. Ver LUIZ GUILHERME MARINONI, *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, p. 17 e ss.; FEDERICO CARPI, Flashes sulla tutela giurisdizionale differenziata, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 237 e ss.; Nicola Picardi, I processi speciali, *Rivista di Diritto Processuale*, p. 700 e ss.; ANDREA PROTO PISANI, Sulla tutela giurisdizionale differenziata, *Rivista di Diritto Processuale*, p. 536 e ss.; GIOVANNI VERDE, Ennesima variazione giurisprudenziale in tema di provvedimenti ex art. 700 c.p.c, *Rivista di Diritto Processuale*, p. 581 e ss.; LUIGI MONTESANO, Luci ed ombre in leggi e proposte nel processo civile, *Rivista di Diritto Processuale*.

Caso

Sandra ajuizou ação contra Jorge, para obtenção de tutela do adimplemento de obrigação de pagar quantia, com base em um contrato de compra e venda de um automóvel. Seu pedido foi julgado procedente, proferindo o juiz sentença condenatória para pagamento da soma em dinheiro. Ocorre que não houve cumprimento voluntário por parte de Jorge, iniciando-se então a fase executiva nos termos do art. 523 do CPC. Após diversas diligências infrutíferas para expropriação e satisfação do crédito, o juiz lançou mão de meios coercitivos para que houvesse o cumprimento da obrigação. Você, defensor ou defensora de Jorge, teria fundamento para afastar o emprego de tais medidas coercitivas para efetivação de prestação pecuniária?

6. As regras processuais abertas e a construção do procedimento adequado ao caso concreto

6.1. Regras abertas no CPC/1973

As reformas do Código de Processo Civil de 1973, cientes da inefetividade de um procedimento uniforme – assim compreendido o procedimento ordinário tal como desenhado antes de 1994 –, instituíram várias regras processuais que davam ao autor o poder de construir a ação e o procedimento adequados ao caso concreto.

O art. 273 do Código de 1973 dava então ao autor o poder de requerer antecipação de tutela nos casos de fundado receio de dano, abuso de direito de defesa e parte incontroversa da demanda (art. 273, I, II e § 6.º, do CPC/1973). Aquele Código de Processo Civil, assim, passou a permitir o requerimento de tutela antecipatória contra o dano, tutela antecipatória contra a defesa indireta infundada e tutela da parte incontroversa da demanda no curso do processo *em todo e qualquer caso conflitivo concreto*.

A tutela antecipatória contra o dano era algo que, até aquele momento, fazia parte de alguns procedimentos especiais. Embora a antecipação de tutela contra o abuso de defesa nunca tenha sido prevista até então na legislação processual, é possível dizer que determinados procedimentos especiais, ao admitirem liminar somente com base em certos requisitos de direito material ou na prova dos fatos constitutivos, tutelavam contra a defesa de mérito indireta infundada. Porém, a tutela da parte incontroversa do pedido ou a tutela de um dos pedidos incontroversos certamente jamais havia sido pensada pelo legislador.

O mais relevante, contudo, é que, a partir de então, tais técnicas poderiam ser requeridas em face de qualquer situação de direito substancial e diante de qualquer caso conflitivo concreto.

Além disto, o art. 461, também do Código de 1973, dirigindo-se ao alcance da tutela específica, instituiu, a partir de 1994, a possibilidade de o autor requerer a utilização de várias técnicas processuais, especialmente executivas, para obter a tutela específica do direito material no caso concreto.

A partir da admissão generalizada do emprego de medidas de indução e de sub-rogação, aquele sistema processual passou a permitir uma variedade amplíssima de instrumentos de proteção adequada das mais diversas espécies de interesses.

Deste modo, a partir da concepção do art. 461 do CPC/1973, passou-se a oferecer ao autor e ao magistrado o poder de construir a ação e o procedimento adequados ao alcance da tutela específica no caso concreto. Note-se que se tornou possível construir o procedimento adequado não só a uma particular necessidade de tutela do direito material,

mas também às circunstâncias do caso concreto. Ou seja, para viabilizar a efetividade da tutela específica do direito, o legislador editou um leque de técnicas processuais capaz de permitir a obtenção de várias modalidades de tutela do direito, conforme as mais diversas circunstâncias concretas.

6.2. A flexibilização procedimental no CPC/2015. Alteração de procedimento por negócios processuais e pela iniciativa do juiz

O modelo empregado pelo Código de Processo Civil atual é um pouco diverso daquele, embora traga em sua gênese a mesma ideia. A legislação atual trabalha com o conceito de *flexibilização procedimental*, permitindo a adaptação – ainda que limitada – do rito processual às peculiaridades do caso concreto. No Código de 2015, parte-se de um procedimento-modelo, padrão, autorizando, porém, às partes e ao juiz, a alteração de prazos e da ordem dos atos processuais, a fim de compatibilizá-los às necessidades da situação objeto de tutela. Assim, por exemplo, autoriza-se o juiz a "dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito" (art. 139, VI). Também, nessa mesma linha, prevê o art. 190 que, se a causa versar sobre direitos que permitam autocomposição, podem as partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Do mesmo modo, estabelece o art. 191 que o juiz e as partes, de comum acordo, podem fixar calendário para a prática dos atos processuais.[1]

Regras como essas, obviamente, permitem quase que a "construção" de um procedimento adequado ao caso concreto, com a interveniência do órgão judiciário e das partes. Assim, rompe-se com a estrutura rígida dos procedimentos especiais antigos e da pretensão ao procedimento único liberal, para entregar aos protagonistas do processo a possibilidade de adequar o procedimento ao caso concreto.

Como é evidente, essa evolução da abordagem do procedimento, partindo do pressuposto de que o direito de ação não pode ficar na dependência de técnicas processuais ditadas de maneira uniforme para todos os casos (procedimento uniforme) ou para alguns casos específicos (procedimentos especiais), permite a constatação de que se caminha, constantemente, para a previsão de normas que abrem oportunidade à concretização das técnicas processuais em cada caso, evidenciando a possibilidade da construção da ação ou do procedimento conforme as necessidades substanciais carentes de tutela e as particularidades do caso concreto.

Em síntese, em uma perspectiva histórica abreviada e com fins didáticos, é possível dizer que, partindo-se da época da uniformidade procedimental, passou-se pela fase dos procedimentos jurisdicionais diferenciados, chegando-se, finalmente, no estágio atual, no qual *as normas abertas* e a *disponibilização do procedimento* (tanto para o juiz, como para as partes, dentro de certos limites) permitem a construção da ação e do

procedimento adequados à tutela do direito material no caso concreto.

[1] Sobre esses negócios processuais, v. a análise desenvolvida no vol. 1 deste *Curso*.

Caso

Júnior adquiriu um apartamento de uma construtora, e no contrato padrão assinado pelas partes há cláusula estipulando que eventual processo judicial contaria somente com procedimento em primeiro grau, isto é, não seria viável às partes recorrer das decisões, em nenhuma hipótese. Você, na condição de magistrado, caso se deparasse com tal cláusula em ação proposta por Júnior para reparação de danos causados por problemas hidráulicos do imóvel, lhe daria aplicação?

Parte II - Procedimentos Especiais no Código de Processo Civil

(Autores)

Luiz Guilherme Marinoni

Sérgio Cruz Arenhart

Daniel Mitidiero

1. O processo de execução de títulos extrajudiciais

1.1. Títulos extrajudiciais e condenação judicial. Primeiras distinções necessárias

Viu-se no volume anterior deste *Curso* que a sentença, muitas vezes, será insuficiente para prestar a tutela pretendida do direito. Em tais casos, exigir-se-á, depois da sentença, uma etapa própria para a realização concreta do comando sentencial, falando-se aí (na nomenclatura empregada pelo Código de Processo Civil) em "cumprimento de sentença" ou, mais propriamente, "cumprimento de título judicial".

Todavia, a execução pode também ser iniciada com base em documentos distintos dos títulos judiciais. Por vezes, o legislador empresta eficácia executiva a certos documentos, permitindo que os seus titulares possam acessar a via executiva sem se submeterem ao processo de conhecimento. Tem-se aí a figura dos títulos executivos extrajudiciais.

A eleição de um documento como título executivo extrajudicial deve partir da constatação de que, em regra, a posse desse documento indica a existência do direito à prestação. Ou seja, o legislador, para instituir um título extrajudicial, deve fundar-se no que o documento representa em termos de credibilidade da existência do direito. Os títulos executivos extrajudiciais nada mais são do que atos ou documentos que invocam certa "probabilidade da existência do direito", ou melhor, atos e documentos que podem representar, ainda que de forma não absoluta, boa dose de verossimilhança acerca da existência dos fatos constitutivos do direito.[1] Embora não se tenha certeza sobre a existência do direito, o fato dele estar representado por título extrajudicial é suficiente para dispensar o processo de conhecimento e viabilizar a imediata execução.

Os títulos extrajudiciais são instituídos pelo legislador a partir de uma necessidade

social sensível. Assim, além de somente existirem quando previstos em lei, historicamente privilegiam, por consequência natural, os créditos das posições sociais que são escutadas pelo Legislativo.[2] A letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque (art. 784, I, do CPC) livram os *empresários* da fase de conhecimento, permitindo-lhes imediato acesso à via executiva. A instituição como títulos extrajudiciais do crédito decorrente de foro, laudêmio, aluguel, bem como de encargos de condomínio (art. 784, VII e VIII), favorecem ao *proprietário*. Os créditos de serventia notarial ou de registro (art. 784, XI), quando tipificados como títulos extrajudiciais, também beneficiam uma específica e determinada classe, que trabalha nos processos judiciais. Por fim, a previsão da certidão de dívida ativa da *Fazenda Pública* (art. 784, IX) como título extrajudicial apenas vem a confirmar a tese de que os títulos extrajudiciais, *em regra*, privilegiam determinadas posições.

A previsão dos incs. II, III e IV do art. 784 do CPC, segue uma tendência de democratização do processo, já que instituem, como títulos extrajudiciais: (i) a escritura pública; (ii) outro documento público assinado pelo devedor; (iii) o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; e (iv) o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela defensoria pública, pela advocacia pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado pelo tribunal. Facilmente se percebe que, com essas previsões, os títulos extrajudiciais, inicialmente concebidos para privilegiar certas posições específicas, passam a generalizar-se como instrumento de acesso imediato à via executiva, autorizando que sejam instituídos documentos, diante de diversas situações de direito substancial, capazes de beneficiar os jurisdicionados sem qualquer distinção. Lembre-se, aliás, que PROTO PISANI, no direito italiano, sublinhando o princípio da igualdade entre os cidadãos, propõe o alargamento do recurso à técnica dos títulos executivos extrajudiciais para todos os casos em que se esteja diante de um ato ou documento idôneo a fornecer aquele "grau de certeza" historicamente reconhecido como suficiente para instituir um título extrajudicial, independentemente do peso político dos sujeitos que dele poderão usufruir.[3]

Porque estes títulos não gozam das mesmas garantias dos títulos judiciais, não tendo sido formados com atenção às garantias básicas do processo, o rito utilizado para permitir a sua execução não segue os mesmos padrões que orientam a execução de títulos judiciais. Há variações significantes de procedimento, dirigidas especialmente a proteger o suposto devedor contra uma execução injusta. Por isto, é necessária a formação de um processo – até então inexistente – com a convocação formal do executado para participar. É também imperioso oferecer ao executado ampla oportunidade de defesa da execução *e do suposto crédito afirmado pelo exequente* (manifestado pelo título), já que não houve o crivo judicial anterior a deliberar sobre a existência do direito demandado.

Assim, a execução fundada em título extrajudicial *sempre demandará a instauração de um processo próprio*, destinado exclusivamente a realizar o direito representado pelo título executivo. Esta consiste na primeira distinção fundamental entre as execuções fundadas

em títulos judiciais e as baseadas em títulos extrajudiciais. Enquanto as execuções de títulos judiciais em regra[4] dispensam a criação de novo processo, ocorrendo no próprio processo do qual emanou o título, a execução de título extrajudicial sempre faz surgir processo novo. Ainda que existam títulos judiciais (como a sentença arbitral ou a sentença penal condenatória) que se realizam por processo autônomo, isto sucede porque em tais casos não há como dar início à execução sem a instauração de processo civil. Esse processo não se presta a discutir o direito demandado pelo credor, mas apenas a servir como espaço (*locus*) para a realização do direito (para a execução).

De outra parte, como nada há de jurisdicional na formação do título extrajudicial, o procedimento destinado à sua execução abre oportunidade para o executado apresentar processo incidental de conhecimento (chamada de embargos à execução), onde as matérias alegáveis não são restritas pela lei, como acontece com a impugnação, em que apenas podem ser invocados os fundamentos elencados nos incisos do art. 525, § 1º. De qualquer forma, o procedimento da execução de título extrajudicial não tem por escopo essencial a verificação do direito, mas a sua realização, ante o grau de aparência do direito demandado, derivado do documento a que a lei empresta eficácia executiva.

A rigor, os títulos extrajudiciais não tornam dispensável ou impedem a discussão prévia do direito para a sua satisfação coativa. Sua qualidade reside na desnecessidade de propor a ação de conhecimento como condição para a efetivação do direito. Por outras palavras, o título dá ao seu titular imediato acesso à execução, obrigando o executado a propor ação de conhecimento (embargos do executado) para desconstituir o título extrajudicial. Ou seja, até que o executado desconstitua o título que sustenta a aparência do direito, o exequente será tido como titular de um direito de crédito que pode ser executado. Negada a existência do direito pelo julgamento dos embargos do executado, veda-se a satisfação do suposto direito.

Daí a razão fundamental da segunda diferença entre a execução dos títulos judiciais e dos extrajudiciais. A defesa do executado, na execução de títulos extrajudiciais, não se faz mediante simples impugnação, oferecida no seio do procedimento executivo. Como já dito, aqui a defesa se realiza por meio da propositura de novo processo, que veiculará uma *ação de conhecimento autônoma e incidente ao processo de execução*, que objetiva discutir aspectos da execução, do título e do próprio crédito demandado. O executado se tornará autor de uma ação que tem por objetivo desconstituir o título ou o direito demandado ou ainda inviabilizar o processo de execução. Este processo de conhecimento incidente ao de execução é de cognição plena e exauriente. Permite a discussão de qualquer tema (vinculado, obviamente, ao direito postulado na execução) e sua sentença é apta a tornar-se imutável pela coisa julgada.

Há, assim, visível distinção entre a execução fundada em condenação e a execução fundada em título extrajudicial. No primeiro caso, há prévia discussão, em procedimento judicial regular, sobre a existência do crédito, enquanto, no segundo, há apenas um documento, ao qual se atribui aptidão para permitir o início da execução. Não é por outra

razão que se confere ao devedor, executado a partir de título executivo extrajudicial, a possibilidade de discutir a causa do crédito, ao passo que ao condenado apenas são deferidas defesas que não poderiam ser opostas na fase de conhecimento, quando se verificou a existência do crédito expresso na condenação.

Além destas distinções, há várias outras, decorrentes da manifesta diferença entre a tutela pecuniária reconhecida na sentença condenatória e o crédito espelhado no título extrajudicial. Não é por acaso que a sentença condenatória, quando não adimplida, dá origem à multa punitiva de dez por cento (art. 523, § 1.º) e o inadimplemento de obrigação contemplada em título extrajudicial não gera qualquer multa ao devedor. A sentença condenatória é o resultado de anos de atividade jurisdicional, em que ambas as partes controverteram a respeito da existência do direito e o juiz aprofundou o seu conhecimento sobre as razões por elas apresentadas. Além disto, a sentença é um ato de positivação do poder estatal e, assim, está muito longe de poder ser comparada com ato ou documento identificado como título extrajudicial.

Embora tanto a impugnação à execução da sentença condenatória, quanto os embargos à execução apresentados na execução de título extrajudicial, não tenham o efeito de automaticamente suspender a execução quando são recebidos, tendo o legislador previsto para ambos, fundamentalmente, os mesmos requisitos para a outorga de efeito suspensivo – isto é, a relevância dos fundamentos e manifesto grave dano decorrente do prosseguimento da execução (arts. 525, § 6.º e 919, § 1.º,[5] do CPC) – é pouco mais do que evidente que a valoração da relevância dos fundamentos para a concessão de efeito suspensivo varia, conforme se trate de impugnação ou de embargos à execução.

Frise-se que a matéria da impugnação, haja vista a anterior prolação de sentença reconhecendo a existência do direito, é bem mais restrita do que aquela que pode ser invocada nos embargos à execução, que permite a alegação de *qualquer matéria* que seria lícito ao devedor "deduzir como defesa em processo de *conhecimento*" (art. 917, VI, do CPC). Sendo indiscutível que o embargante pode alegar fundamentos que poderiam ser deduzidos em processo de conhecimento, e que assim são inimagináveis ao impugnante, é evidente que os embargos, na mesma medida em que têm um horizonte de fundamentação *mais amplo*, podem ter aí presentes "relevantes fundamentos" capazes de permitir a suspensão da execução.

Ademais, além de o título extrajudicial não contar com a sanção punitiva do art. 523, § 1.º, apenas a ele se aplica a medida prevista no art. 827, § 1.º, do CPC. Este parágrafo diz que, caso o devedor atenda prontamente à citação (no prazo de três dias), pagando integralmente o valor devido, a verba honorária fixada pelo juiz, ao receber a petição inicial da ação de execução, deverá ser reduzida pela metade. Esta redução serve de estímulo para o devedor cumprir voluntariamente a prestação de forma imediata e integral.

Assim, vê-se que, na execução de títulos extrajudiciais, opera o legislador com técnicas

de “sanção premiativa”, recompensando o devedor que cumpre com a obrigação, ao invés de se opor ao procedimento executivo. Já na execução da sentença condenatória, trabalha-se com outro tipo de sanção, isto é, com uma sanção punitiva, voltada a estimular o devedor a pagar para não sofrer a multa de dez por cento, e não com uma sanção dirigida a estimulá-lo a cumprir para se beneficiar com a redução do valor a ser pago. A distinção entre as sanções decorre da diferença entre a sentença condenatória e o título extrajudicial, sendo claro que o condenado não merece a mesma espécie de estímulo que o devedor de título extrajudicial.

Na mesma linha do estímulo conferido pelo art. 827, § 1.º, o art. 916 autoriza o devedor, citado na ação de *execução de título extrajudicial,* a reconhecer a existência do crédito do exequente – depositando imediatamente o equivalente a trinta por cento do valor em execução – *e a requerer o pagamento do restante em até seis parcelas mensais, acrescidas de juros de um por cento ao mês e correção monetária.*

Este benefício é exclusivo para o devedor de título extrajudicial, sendo inconcebível ao condenado. O condenado inadimplente deve pagar imediata e integralmente o valor da condenação acrescido de multa, sob pena de ver os seus bens imediatamente penhorados e, a seguir, expropriados para a satisfação do credor. Não há racionalidade em estimulá-lo com prêmios.

De qualquer forma, as principais características da execução de título extrajudicial estão na existência de processo autônomo para a execução e de ação de conhecimento, incidental ao processo de execução, para a defesa do executado, em que não há restrição às matérias alegáveis, como acontece na impugnação. Destas características têm-se desdobramentos procedimentais próprios, que serão adiante examinados. Ressalvadas estas peculiaridades, a execução seguirá fundamentalmente as regras já estudadas por ocasião da análise do procedimento da execução da sentença que reconhece obrigação de pagar quantia.

1.2. Os títulos extrajudiciais

1.2.1. Questões prévias

Duas observações preliminares merecem ser feitas aqui. A primeira é a de que a história dos títulos extrajudiciais representa a própria história da evolução da execução. A Idade Média assistiu à vivificação do comércio e com isto tornou-se necessário outorgar a certos tipos de créditos eficácia autônoma e pronta exigibilidade, dispensando-se o processo de conhecimento para a demonstração de sua existência. Criou-se a ideia de autorizar imediatamente a instauração de execução – independentemente de prévio processo de conhecimento – de certos documentos representativos de dívidas, lavrados perante tabeliões (*instrumenta guarentigiata*). Supunha-se que tais instrumentos equiparavam-se à confissão, aplicando-se a máxima romana de que a confissão equivaleria à condenação (*confessus in iure pro condemnatur habetur*).[6] Por isso, a posse destes

instrumentos autorizava o imediato início da atividade executiva, independentemente de prévia condenação judicial. Nesta época, havia duas formas de execução: a de sentença, que ocorria como fase do processo de conhecimento (execução *per officium iudicis*) e aquela que se dava por meio de ação nova, realizada em processo autônomo.

No direito brasileiro antigo existia a mesma separação, somando-se a ela, em seus primórdios, uma terceira via (*a assinação de dez dias*, prevista nas Ordenações Filipinas, Liv. III, Tít. 25). Estas três formas permanecem até o Código de Processo Civil de 1939, que eliminou a ação sumária da assinação em dez dias, mantendo apenas a execução de sentença e a ação executiva (para títulos extrajudiciais). Com o Código de Processo Civil de 1973, as duas formas de execução foram unificadas, oferecendo-se o *processo de execução* (regulado pelo Livro II do CPC) indistintamente para todos os títulos executivos.[7] Posteriormente, as Leis 11.232/2005 e 11.382/2006 realizaram ampla reforma no campo da execução civil, instituindo (novamente) a separação entre um *processo* autônomo de execução – para os títulos extrajudiciais e para os títulos judiciais exteriores ao juízo cível – e uma fase de execução – instituída para os títulos judiciais formados no juízo. Voltava a sentença condenatória a ser executada em fase subsequente à de conhecimento (mas internamente à relação processual original), restando o *processo de execução* (autônomo) especialmente aos títulos extrajudiciais.

Uma segunda observação preliminar fundamental é de que a escolha dos títulos extrajudiciais decorre de eleição do legislador. *Não se cria título executivo extrajudicial a não ser por lei federal*[8] e compete apenas ao legislador escolher os documentos que serão dotados de eficácia executiva. Nem se admite a interpretação extensiva ou analógica do elenco posto no direito positivo.

Pode-se questionar sobre a possibilidade de criação de título executivo por meio de "negócios processuais", com base no art. 190, do CPC. A rigor, a discussão tem mais interesse teórico do que prático, na medida em que o código prevê, com título executivo extrajudicial, qualquer documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas ou o documento público assinado pelo devedor (art. 784, incs. II e III). Porém, poder-se-ia cogitar da outorga de força executiva a documentos particulares que não contivessem tais requisitos. A rigor, a exceção permanece não fugindo à regra: de um lado, porque seria questionável a natureza "processual" desse acordo; de outro, porque ainda que se considerasse como "processual" esse acordo, ele teria respaldo legal, no art. 190, do CPC.

Independentemente dessa discussão, fato é que não há relação inevitável entre a instituição de um título executivo como judicial ou extrajudicial e a sua origem jurisdicional ou não. Ainda que fosse desejável uma certa orientação fundada neste critério, pode o legislador atribuir a um documento originário do Poder Judiciário a eficácia de título judicial ou não, o mesmo podendo ocorrer em relação aos títulos extrajudiciais. Tome-se o exemplo da sentença arbitral (art. 515, VII, do CPC), que não tem origem no Poder

Judiciário, mas é pelo legislador qualificada como título judicial.[9] Por outro lado, veja-se a incongruência do sistema, ao tratar dos títulos originários de conciliação ou mediação (extrajudicial), realizada por agente credenciado pelo Judiciário, como título extrajudicial (art. 784 IV, do CPC). Afinal, qual a lógica em se tratar diversamente títulos originários de meios alternativos de solução de litígios (arbitragem, mediação e conciliação, todos extrajudiciais)? Absolutamente, nenhuma. Ainda assim, tem o legislador a faculdade de eleger quais são os títulos executivos o grau de eficácia concedido a cada um deles.

1.2.2. Natureza e função dos títulos executivos extrajudiciais

A natureza jurídica dos títulos executivos foi, por longo tempo, alvo de intensa polêmica, especialmente na doutrina italiana. O debate surgido chama a atenção para a função desempenhada pelo título executivo e para as consequências advindas de sua apresentação na execução.

CARNELUTTI considerava o título como a *prova do crédito*. Segundo ele, a função prioritária do título executivo era evidenciar a existência do direito à prestação, o que autorizaria o credor a utilizar-se diretamente da execução, sem ter que, previamente, demonstrar a existência de seu direito.[10] Consistiria este documento em uma *prova legal do crédito*, que abriria a porta para o processo de execução.

Esta opinião foi objeto de conhecida crítica de LIEBMAN,[11] que entendia que não se podia confundir a forma com a substância, sendo o título mais do que apenas um documento representativo do crédito. Segundo LIEBMAN, o título valeria pelo *ato* representado, ao qual a lei atribui o efeito de permitir a aplicação da sanção. Independentemente de qualquer demonstração do crédito, quem ostenta um título executivo tem o direito de acessar a via da execução, sendo condição bastante a apresentação do título. Apresentado o título, abstrai-se qualquer discussão sobre a existência ou não do direito exigido, ao menos no seio do processo de execução.[12] Daí adviria a *autonomia do processo executivo*: esse se desenvolve *sem se questionar a existência ou não do direito demandado*, por conta da simples apresentação do título a que a lei permite a instauração do processo de execução.

A doutrina atual tende a considerar que nenhuma destas posições é apta a explicar integralmente a essência e a função do título executivo. Hoje, considera-se que apenas a somatória das duas teorias evidencia integralmente a eficácia própria do título. Prevalece, por vezes, um dos aspectos, mas os dois se somam para formar a realidade do título.

O título executivo é condição bastante para que o exequente inicie a execução. Exibindo-o, pode o suposto credor acessar a via executiva, independentemente de qualquer indagação sobre a existência ou não do crédito demandado. Justifica-se aí o fato de que, no processo de execução, não há espaço próprio para o devedor defender-se, alegando a inexistência do crédito – o que justifica a manutenção da técnica que impõe que, ao menos em relação aos títulos extrajudiciais, a defesa do executado seja deixada,

em regra, para um processo autônomo, chamado de embargos à execução. É também em razão da posse do título que o credor tem o poder de intrometer-se no patrimônio do executado, expropriando seus bens, ainda quando possa haver discussão (por outra ação, sejam os embargos à execução, seja outra ação qualquer) sobre a existência do crédito exigido.

Por outro lado, o caráter probante do título revela-se na presunção, em favor do credor, da existência do crédito exigido. Ainda quando surja impugnação sobre a existência do direito pleiteado, a suposição é sempre em favor de sua efetiva existência, até que sobrevenha decisão em sentido contrário.

1.2.3. Os títulos executivos no direito brasileiro

Consignou-se acima que apenas a lei pode criar títulos executivos extrajudiciais. O art. 784, do CPC, nesta dimensão, apresenta o seguinte rol de títulos executivos extrajudiciais: "I – a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque; II – a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; III – o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas; IV – o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado pelo tribunal; V – o contrato garantido por hipoteca, penhor, anticrese ou outro direito real de garantia, e aquele garantido por caução; VI – o contrato de seguro de vida em caso de morte; VII – o crédito decorrente de foro e laudêmio; VIII – o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio; IX – a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei; X – o crédito referente às contribuições ordinárias ou extraordinárias de condomínio edilício, previstas na respectiva convenção de condomínio ou aprovadas em assembleia geral, desde que documentalmente comprovadas; XI – a certidão expedida por serventia notarial ou de registro relativa a valores de emolumentos e demais despesas devidas pelos atos por ela praticados, fixados nas tabelas estabelecidas em lei; XII – todos os demais títulos aos quais, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva".

O elenco apresentado por este dispositivo, como demonstra o seu inc. XII, não é exaustivo, encontrando-se outros títulos executivos extrajudiciais em leis extravagantes. Assim, exemplificativamente, constituem títulos extrajudiciais o termo de ajustamento de conduta elaborado pelos legitimados para as ações coletivas (art. 5.º, § 6.º, da Lei 7.347/1985), o contrato escrito de honorários advocatícios (art. 24 da Lei 8.906/1994), a cédula de crédito rural (art. 41 do Dec.-lei 167/1967) e a cédula de crédito industrial (art. 41 do Dec.-lei 413/1969).

Por outro lado, têm validade no território nacional os títulos extrajudiciais produzidos no estrangeiro, independentemente de homologação pelo Poder Judiciário brasileiro, desde

que satisfaçam os requisitos de formação exigidos pela lei do país de origem e indiquem o Brasil como o lugar do cumprimento da obrigação (art. 784, §§ 2.º e 3.º, do CPC).

Os títulos executivos que podem circular – especialmente os títulos de crédito, arrolados no inc. I do art. 784, que normalmente são dotados dos atributos de autonomia e circularidade – devem ser exibidos no original para ensejarem a execução. Impõe-se esta providência a fim de evitar que o credor, ao mesmo tempo em que promove a execução, negocie extra-autos o título, atribuindo a terceiro o crédito nele representado.[13] Quanto aos demais títulos, podem ser apresentados em cópia, sujeitando-se à impugnação por falsidade. Tratando-se de cópia eletrônica de título judicial – usada para instruir processo que tramite por autos físicos ou eletrônicos, pode o juiz determinar o depósito do seu original em cartório ou secretaria, objetivando os mesmos fins aqui indicados (art. 425, § 2.º, do CPC).

Outrossim, alguns destes títulos apresentam requisitos especiais para autorizarem a execução, como se verá a seguir. Saliente-se, de toda sorte, que há questões de direito material complexas envolvendo estes títulos, cujo exame deve ser deixado para o campo próprio.

a) a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque

Estes títulos representam os principais títulos de crédito (cambiariformes) admitidos no país.

A letra de câmbio, para ser executada contra o sacado, depende de *aceite*, que deve ser aposto no título. Não existindo a aquiescência do devedor, não existe título executivo, não se suprindo a falta de aceite por protesto – que só servirá para que o beneficiário se volte contra o sacador. A letra de câmbio pode ser transferida por *endosso*, caso em que a titularidade da execução também passa para o novo detentor do documento, que poderá executar a dívida frente ao aceitante, ao sacador ou aos endossantes.

A nota promissória constitui promessa de pagamento feita pelo devedor. Não se cogita, portanto, de aceite, nem de protesto pela sua ausência.[14] Porém, a sua executividade está condicionada ao vencimento da obrigação. Faltando no documento a indicação do vencimento, a nota promissória é considerada à vista.

É comum a emissão de nota promissória vinculada a contrato, podendo ser executada independentemente da demonstração de incidentes do negócio jurídico. Não obstante este título manter a sua autonomia perante o contrato, ele pode ter prejudicada a sua abstração, já que credor e devedor originais, por prenderem-se aos termos do contrato, sujeitam-se a defesas pessoais dali originadas. Assim, a força executiva completa de tais títulos só se verifica em relação a terceiros de boa-fé que tenham recebido o título após circulação.

A duplicata também exige o aceite para ter executividade. Neste caso, porém, recusando-se o sacado a apor seu aceite no documento, este poderá ser suprido por protesto, desde que acompanhado do documento que comprove a prestação do serviço ou a entrega do bem (referente ao negócio subjacente ao título) e com a condição de que o sacado não tenha recusado o aceite na forma prevista na legislação própria (art. 15, II, *c*, da Lei 5.474/1968). Este título também pode ser transferido mediante endosso, caso em que a legitimação para a execução também é deslocada para o novo titular do crédito.

O cheque constitui ordem de pagamento à vista. Sua executividade independe de aceite, bastando que o documento preencha os requisitos formais próprios. Também pode circular, sendo transferido por endosso. Neste caso, admite-se a execução contra o emitente do documento, bem como contra os endossantes anteriores.[15]

A debênture, prevista no art. 2.º da Lei 6.385/1976, representa parcela de um empréstimo coletivo tomado por sociedade anônima (e só por esse tipo de pessoa jurídica) junto ao público ou frente a determinadas pessoas. Pode ser garantida por ônus real ou ainda por privilégio geral sobre o patrimônio ativo da empresa (alude-se aí à *garantia flutuante*). A sua executividade também independe de protesto, materializando-se o título pelo certificado correspondente ou de seu depósito.

Em todos estes títulos (inclusive debêntures, em que pese a omissão legislativa) admite-se o aval, assumindo um terceiro a garantia pelo pagamento do débito e legitimando-se a figurar no polo passivo de eventual execução. Por meio do aval, cria-se obrigação solidária entre o avalista e o avalizado, de modo que a execução pode dirigir-se contra qualquer um deles.

b) a escritura pública ou outro documento público, assinado pelo devedor

Os documentos públicos são aqueles elaborados por alguém no exercício de função pública.[16] Nesta condição, independentemente de outro requisito, tais documentos gozam de presunção de legitimidade. Por isso, prevê o art. 412 do CPC, que "o documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o chefe de secretaria, o tabelião ou o servidor declarar que ocorreram em sua presença". Por isso, naturalmente, declarada por um oficial público a existência de uma obrigação, é de se presumir a sua efetiva ocorrência.

Note-se, por outro lado, que essa presunção está na dependência da observância, no documento público, dos requisitos legais para a sua elaboração. Por isso, eventualmente, sendo elaborado por autoridade pública incompetente, tem o mesmo valor do documento particular (art. 407 do CPC), exigindo, para ter força executiva, a presença de duas testemunhas ao ato, nos termos do art. 784, III, do Código. Ademais, recorde-se que, nos termos do que prevê o art. 425, do CPC, têm o mesmo valor do documento público original as cópias, reproduções e certidões, expressamente arroladas naquele dispositivo, ainda quando *nestas* não haja necessariamente a assinatura do devedor.

c) o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas

Quanto aos documentos particulares, deverão estar assinados por duas testemunhas, presentes à elaboração do instrumento. Estas testemunhas destinam-se a servir como prova em caso de eventual impugnação do teor do documento ou da vontade livre de um dos pactuantes no momento da sua elaboração. Assim, tal "testemunha" deve ter condição de ulteriormente prestar "prova testemunhal" em juízo, não podendo estar marcada por qualquer das causas de incapacidade, impedimento e suspeição presentes no art. 447, do CPC.

A lei atribui a esses documentos valor semelhante ao dos documentos públicos, afirmando que as declarações constantes de documento particular "presumem-se verdadeiras em relação ao signatário" (art. 408 do CPC). Ainda assim, o legislador preferiu optar por só atribuir a esse documento o valor de título executivo se ele também for assinado por duas testemunhas. Trata-se, como já referido, de opção legislativa, que tem a prerrogativa de eleger os documentos a que prefere oferecer a eficácia de título executivo.

d) o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela defensoria pública, pela advocacia pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado pelo tribunal

Aqui, o Código opta por atribuir eficácia executiva a acordos realizados perante certos sujeitos especiais. Na realidade, os documentos referendados pelos três primeiros sujeitos (Ministério Público, defensoria pública e advocacia pública) já seriam títulos executivos extrajudiciais por se tratarem de documentos públicos, inserindo-se na previsão do art. 784, II. Porém, ao lado deles, optou-se por oferecer a outros sujeitos normalmente ligados à solução consensual de litígios a prerrogativa de atestar a regularidade dessa transação, de modo a constituir título executivo extrajudicial.

A ideia, ampliada em relação ao Código de Processo Civil anterior, revela o sucesso dessa medida e a utilidade de se empregarem esses sujeitos, colaborando com a solução extrajudicial de controvérsias.

De toda sorte, recorde-se que somente se admite a transação sobre direitos patrimoniais privados (art. 841 do CC) ou sobre interesses públicos em que haja expressa autorização legal para autocomposição. Impõe-se ainda a capacidade dos sujeitos e a plena consciência a respeito daquilo que é transacionado. Por isso, eventual vício de consentimento, ou defeito no objeto ou na capacidade dos agentes, invalida a transação, ainda que ela tenha sido homologada pelos sujeitos arrolados na lei.

e) os contratos garantidos por hipoteca, penhor, anticrese ou outro direito real de garantia, e aquele garantido por caução

Os créditos garantidos por penhor, hipoteca ou anticrese resultarão em execuções nas quais o bem a ser penhorado, preferencialmente, será aquele dado em garantia, ainda que esteja em poder de terceiro.[17] No caso de execução de crédito garantido por anticrese, há ainda o direito de o exequente reter o bem em seu poder, enquanto a dívida não for paga (art. 1.423 do CC), recebendo eventuais frutos e rendimentos da coisa até a satisfação integral do crédito (art. 1.506 do CC), o que pode ocorrer mediante a incidência de usufruto judicial sobre a coisa.

Os contratos garantidos por caução são aqueles garantidos por caução real ou por caução fidejussória – correspondente à fiança. Note-se, aliás, que o legislador fez questão de separar as hipóteses de "direitos reais de garantia", de um lado, e a caução (mais geral) de outro, indicando que aqui também se deve abarcar a hipótese de fiança, que, como se sabe, não é um direito real de garantia, mas ainda assim outorga ao credor condição de preferência para a satisfação de seu interesse. No caso de fiança, a execução pode ser dirigida diretamente contra o fiador, contra o devedor principal, ou contra ambos. Sendo executado o fiador, deverão ser penhorados, em primeiro lugar, os bens do devedor principal (benefício de ordem), salvo se o fiador tiver renunciado a este privilégio.

Vale frisar que estes contratos são títulos executivos em si, independentemente da satisfação dos requisitos postos no art. 784, II ou III, do CPC. Ou seja, o simples fato de estarem assegurados por estas garantias especiais, ou de versarem sobre seguro de vida, já lhes outorga a condição de título executivo, ainda que não sejam elaborados como instrumento público ou como instrumento particular assinado por duas testemunhas. Não fosse assim, dificilmente se explicaria a sua alocação fora desses outros incisos do artigo em exame.

f) o contrato de seguro de vida em caso de morte

Quanto ao seguro de vida, sua eleição como título executivo decorre da natureza do crédito por ele devido. Também por isto, admite-se que esta execução se proceda ainda que não exibida a apólice ou o bilhete do seguro (art. 758 do CC), podendo-se provar a existência do contrato de seguro pela apresentação de outro documento idôneo, como o contrato, o recibo da seguradora etc.[18] Esta tendência é interessante, porque se trata de rara hipótese em que o título executivo não é materializado em um documento específico, podendo ser demonstrado por qualquer documento capaz de indicar a existência do contrato.

g) o crédito decorrente de foro e laudêmio

As duas figuras ligam-se ao contrato de enfiteuse, previsto no Código Civil de 1916 e em relações de direito público (como ocorre com os terrenos de marinha). Porque a enfiteuse de direito privado não foi repetida no vigente Código Civil, e porque as outras formas de enfiteuse regem-se pelo direito público, enquadrando-se na espécie de título prevista no inc. IX do art. 784, não há grande relevância no seu estudo.

Sua manutenção no Código de Processo Civil decorre do fato de que eventuais enfiteuses constituídas antes da vigência do CC de 2002 foram preservadas, o que permite a cobrança dos valores a elas alusivos através da via executiva.

h) o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio

Através da norma do inc. VIII do art. 784, abre-se a via executiva aos créditos decorrentes de contrato *escrito* de locação de imóvel. Tanto a prestação principal (aluguel) como as acessórias podem ser exigidas pela via da execução *na relação entre o locador e o locatário (ou sublocatário)*. A ação de execução só é admitida para a cobrança de dívidas existentes *em razão do contrato de locação* (encargos *acessórios*, diz a lei), não se prestando para outras situações. Assim, apenas o locador (ou seu sucessor), e não o condomínio, possui legitimidade ativa para a execução. Em relação aos créditos devidos *ao condomínio*, ainda em função de contrato de locação, a questão é tratada no inc. X, a seguir examinado.

i) a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei

Estes títulos, *referentes a dívidas pecuniárias*, guardam certa peculiaridade. São formados unilateralmente pelo Estado, por meio do chamado termo de dívida ativa.[19] Em que pese esta condição, o fato de serem inscritos pelo Poder Público lhes confere autoridade e uma via própria para a execução. Processam-se sob o regime da *execução fiscal* (Lei 6.830/1980).

Quanto a outras prestações – fazer, não fazer e entregar coisa – sua efetivação se dá segundo os trâmites regulares, não sendo a execução fiscal o meio hábil para obtê-las.

j) o crédito referente às contribuições ordinárias ou extraordinárias de condomínio edilício, previstas em Convenção de Condomínio ou aprovadas em assembleia geral, desde que documentalmente comprovadas

Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, os créditos devidos em razão de condomínio edilício, ainda que comprovados documentalmente, não autorizavam execução direta, devendo ser cobrados pelo então existente "rito sumário". Tal solução era amplamente criticada pela doutrina nacional, especialmente em razão da importância desses valores para o adequado funcionamento do condomínio. Por isso, o Código atual alçou esses créditos, *quando provados por documento*, à condição de título executivo, de modo que autorizam desde logo o ajuizamento de execução civil.

O título executivo em questão é oponível *contra quem ocupa o imóvel*, independentemente da condição dessa posse. Vale dizer que, independentemente da

condição proprietário, locatário ou simples possuidor do imóvel, sujeita-se ele às despesas do condomínio, de modo que o inadimplemento dessas contribuições o expõe à execução do título respectivo.

k) a certidão expedida por serventia notarial ou de registro, relativa a valores de emolumentos e demais despesas devidas pelos atos por ela praticados, fixados nas tabelas estabelecidas em lei

O preceito qualifica como título executivo os documentos comprobatórios de despesas, oriundos de atos praticados pelos órgãos de Registros Públicos brasileiros. Considerando que a atividade notarial é regida pelo direito público, e que os atos praticados pelos notários é dotada de presunção de veracidade e legitimidade (art. 3.º da Lei 8.935/1994), também pareceu coerente ao legislador atribuir aos documentos, expedidos por esses agentes, representativos de créditos próprios, a força de título executivo.

A regra tem pouca utilidade prática, na medida em que o art. 14 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973) prevê que os valores de emolumentos devidos aos oficiais de Registro Público devem ser pagos "no ato de requerimento ou no da apresentação do título". Por isso, muito raramente se verificará um título não pago, que imponha a necessidade de ajuizar execução civil.

l) todos os demais títulos aos quais, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva

Aqui se tem cláusula aberta, totalmente desnecessária. Não há utilidade em uma lei autorizar outro diploma de mesma hierarquia a instituir título executivo. De toda sorte, serve o preceito para explicitar que o rol contido no art. 784 do CPC não é exaustivo.

1.2.4. Atributos do título executivo extrajudicial

Assim como ocorre com o título judicial, o título extrajudicial deve revestir-se das qualidades de certeza, liquidez e exigibilidade (arts. 783 e 786 do CPC). Ou melhor, a obrigação contemplada no título extrajudicial, assim como aquela presente no título judicial, deve ser certa, líquida e exigível, uma vez que tais requisitos, embora comumente associados ao título executivo, na realidade são atributos da *obrigação* a ser executada.[20]

A certeza deve apresentar-se na formação do título, de modo que pela sua simples leitura se possa determinar o objeto da prestação, sua forma, seus sujeitos e, enfim, os contornos da obrigação assumida.

Em relação à exigibilidade, estará ela presente no momento em que for possível impor ao executado a prestação constante do título. Eventualmente, nas obrigações sujeitas a condição ou termo, pode surgir alguma controvérsia sobre a exigibilidade da prestação, motivo pelo qual o juiz apenas deve autorizar o início da execução se o credor provar a

ocorrência da condição ou o implemento do termo (art. 798, I, *c*, do CPC). O mesmo ocorre com prestações que só são exigíveis após a realização de contraprestação pelo credor. Também aqui a exequibilidade da prestação depende da demonstração de que a contraprestação foi efetiva e adequadamente realizada (arts. 787 e 798, I, *d*, do CPC).

Ainda no tocante à exigibilidade do título, é comum dizer que esta depende do inadimplemento da prestação. A rigor, não é o inadimplemento absoluto que permite o ajuizamento da execução, mas a mora no cumprimento da prestação. O inadimplemento absoluto corresponde à situação em que o devedor não pode mais cumprir a prestação[21] – seja porque ela se tornou inviável, seja porque não há mais interesse do credor em recebê-la. Ora, se a prestação não é mais possível, não há espaço para a execução (ao menos, não, para a execução específica de fazer, não fazer e entregar coisa). A distinção tem importância no campo das prestações não pecuniárias (de fazer, não fazer e entregar coisa), mas a precisão conceitual deve ser feita. De toda sorte, o que importa para a execução é a mora do devedor, em suas diversas dimensões. Assim, o título é exigível quando o devedor deixa de cumprir a prestação em tempo hábil (sendo isso ainda possível e interessante para o credor) e ainda quando o adimplemento realizado é insatisfatório (cumprimento imperfeito), não correspondendo exatamente àquilo que fora previsto no título executivo (art. 788 do CPC), havendo interesse do credor em obter o cumprimento na forma perfeita.[22] Portanto, a caracterização da exigibilidade da prestação impõe a verificação da mora havida, exigindo elementos a serem buscados no âmbito do direito material.

Enfim, quanto à liquidez do título extrajudicial, é usual afirmar que estes títulos devem ser líquidos em sua origem, não admitindo procedimento ulterior de liquidação. Em regra, estes títulos devem expressar, imediata e diretamente, o valor da prestação devida ou ao menos indicar os critérios para a pronta definição destes elementos. Assim, em princípio, ou estes títulos apresentam de maneira clara a importância devida ou apontam instrumentos claros e objetivos para a obtenção deste montante (*v.g.,* prestação em salários mínimos, em dólar, no equivalente ao valor de certo produto com cotação em bolsa). A necessidade de submeter o título a este procedimento – desde que simples e direto – para apuração do *quantum debeatur* não lhe retira a liquidez ou, em consequência, a sua exequibilidade. Enfim, sempre que a obtenção do valor preciso do título dependa apenas de operações aritméticas ou de estimativa, haverá a liquidez da obrigação, sendo viável a execução (art. 786, parágrafo único, do CPC).

Problema mais grave decorre da eventual possibilidade de usar do procedimento de liquidação para apurar o exato valor do título extrajudicial ilíquido. É comum o entendimento de que os títulos extrajudiciais não podem ser liquidados judicialmente, ficando este procedimento reservado aos títulos judiciais. Contribuiu para esta interpretação o que dispunham os arts. 586, § 1.º,[23] e 603, *caput*,[24] da redação original do Código de Processo Civil de 1973. Hoje, reforçaria este entendimento o teor do art. 803, I, do CPC, que dispõe ser nula a execução se o título executivo *extrajudicial* “não corresponder a obrigação certa,

líquida e exigível", e do art. 509, que afirma que a liquidação se presta para a *sentença* que condena ao pagamento de quantia ilíquida.

De fato, é atributo essencial da maioria dos títulos executivos extrajudiciais a sua liquidez direta. Seria inimaginável um cheque que não previsse, de pronto, o valor a ser pago, até porque esse elemento é parte essencial da caracterização destes títulos de crédito (arts. 1.º e 7.º, Anexo I, da Lei Uniforme, ratificada pelo Dec. 57.595/1966). Porém, há títulos executivos extrajudiciais que podem surgir ilíquidos, especialmente quando não se saiba, *a priori*, o que é efetivamente devido. Exemplo maior desta situação ocorre com o "termo de ajustamento de conduta", título executivo previsto no art. 5.º, § 6.º, da Lei 7.347/1985. Trata-se de documento em que se toma o compromisso de alguém se ajustar às exigências legais, mediante cominações. Não corrigida a conduta, incidem as sanções, podendo o total das prestações ser exigido judicialmente. Quando da elaboração do termo, não se tem a exata a dimensão da obrigação a ser executada judicialmente. Pode ser necessário – e é comum que o seja – a liquidação deste documento para possibilitar a execução. Esta liquidação se realiza judicialmente, utilizando-se da forma dos arts. 509 a 512 do CPC, não obstante se trate de título extrajudicial.

Semelhante situação poderá ocorrer com os documentos apontados no art. 784, II, III e IV, do CPC (instrumentos públicos ou particulares assinados por duas testemunhas, ou referendados pelo Ministério Público, pela defensoria pública, pela advocacia pública, pelos advogados das partes ou por conciliador ou mediador credenciado). Facilmente se encontrará nesta espécie de documentos obrigações ilíquidas, que dependerão de prévia liquidação para sua viabilização em execução.

Não se pode negar a estes títulos a via executiva porque não se formaram líquidos. Nestes casos, a iliquidez originária do documento é inescapável em razão da natureza da obrigação nele contemplada. Não é possível, nos casos em que estes documentos são utilizados (ou, ao menos, em algumas hipóteses), ter prestações líquidas de imediato. Ou melhor, é natural a estes títulos extrajudiciais a autorização de comportarem (excepcionalmente ou não) prestações ilíquidas. Portanto, submeter estes documentos ao processo de conhecimento para só então admitir sua exequibilidade seria usurpar a característica que o legislador lhes outorgou. Note-se que o legislador, ao instituir tais documentos como títulos executivos extrajudiciais, estava obviamente ciente da circunstância de que, em regra, tais documentos contêm obrigações ilíquidas. Portanto, é pouco mais do que evidente que o legislador implicitamente admitiu a possibilidade da sua liquidação judicial.

Portanto, há lugar para a liquidação de títulos extrajudiciais, ainda que esta não seja a regra.

No mais, quanto às características do título executivo, a execução de títulos extrajudiciais segue os mesmos critérios da execução de títulos judiciais, remetendo-se o leitor para o que se disse no Capítulo reservado ao estudo da *Liquidação da obrigação,* no

volume 2, deste *Curso*.

1.2.5. Títulos executivos extrajudiciais e sua conversão para títulos judiciais

Durante muito tempo se questionou a possibilidade de quem, possuindo título executivo extrajudicial, pretendesse ajuizar processo de conhecimento a fim de obter um título judicial.

Por um lado, afirmava-se que aquele que possui um título executivo extrajudicial não teria *interesse processual* para ajuizar demanda de conhecimento. Deveria, desde logo, propor a execução de seu título, a fim de satisfazer seu direito.

De outro lado, aqueles que viam a possibilidade do ajuizamento desta demanda de conhecimento, alegavam as vantagens da execução de títulos judiciais. De fato, o sistema processual civil oferece – e já oferecia na vigência do Código de Processo Civil de 1973 – vários privilégios à efetivação de sentenças, em relação ao regime da execução prevista para títulos extrajudiciais. Há, por exemplo, em relação às prestações de pagar, fazer, não fazer e entregar coisa, fixadas por sentença, um amplo e flexível sistema de medidas indutivas e sub-rogatórias (*v.g.*, arts. 139, IV e 536 do CPC), que não é repetido para a execução de títulos extrajudiciais. Em relação a créditos, a efetivação de sentença se impõe sob a ameaça de multa (art. 523, § 1.º, do CPC), que também não existe para a execução de títulos extrajudiciais.

Todas essas questões levaram o legislador atual a resolver o problema, definindo expressamente, no art. 785 do CPC, que "a existência de título executivo extrajudicial não impede a parte de optar pelo processo de conhecimento, a fim de obter título executivo judicial". Optou-se, portanto, por privilegiar a mais adequada e completa tutela do direito, ao invés de se apoiar argumento estritamente abstrato e formal.

De todo modo, é certo que essa possibilidade só se presta para oferecer a uma obrigação *exigível* – independentemente de estar consubstanciada por título executivo extrajudicial – os benefícios correspondentes ao título judicial. O preceito, obviamente, não tem o condão de reavivar obrigações (representadas por títulos extrajudiciais) já prescritas ou de autorizar nova exigência de obrigação já satisfeita pelo processo de execução de títulos extrajudiciais. Por outro lado, considerando a finalidade desse preceito e a utilidade dessa "conversão", deve-se admitir que, ajuizada uma execução de título extrajudicial e verificada a inadequação da resposta que ali será alcançada – *v.g.,* proposta execução de título extrajudicial e se notando que os meios coercitivos ali autorizados serão insuficientes para obter a tutela específica do interesse –, seja o exequente autorizado a desistir dessa execução e a ajuizar demanda de conhecimento. Com isso, se julgado procedente seu pedido, poderá ele dispor dos mecanismos próprios para a efetivação de sentença e, assim, provavelmente, obter tutela mais adequada e efetiva ao seu interesse.

1.3. Aspectos comuns das várias modalidades de execução de títulos

extrajudiciais

1.3.1. Introdução

Recorde-se novamente que a execução de títulos extrajudiciais se realiza por processo autônomo. A sua formação exige, por isso, os requisitos gerais para a constituição de qualquer processo. Haverá, então, petição inicial – com requisitos especiais, em razão da natureza do objeto deste processo –, citação do executado e conclusão por sentença. Portanto, substancialmente, as mesmas diretrizes que comandam a formação de qualquer processo, em especial a avaliação dos pressupostos processuais, incidem aqui de forma idêntica.

Nesse processo é veiculada uma ação nova, até então inexistente. Também na análise desta nova ação incidem as questões próprias tocantes ao tema do direito de ação, seja em seu desenho constitucional – a exigir a tutela jurisdicional efetiva do direito material –, seja em seu assento infraconstitucional, que trilha a avaliação dos elementos e das condições da ação.

Há também mérito neste processo, embora não exista *julgamento sobre ele* na execução. Com efeito, o objeto do processo de execução é a prestação exigida pelo credor. A função da execução, todavia, não é declarar a existência ou não do direito a esta prestação, mas simplesmente realizá-la. Parte-se da premissa de que o direito a esta prestação existe, de modo que a atividade executiva não se encarrega de verificar sua efetiva ocorrência. Partindo do pressuposto da existência do direito exigido, o processo de execução limita-se a *realizar* o direito material.

Delineadas, *grosso modo*, as características essenciais do processo de execução, é importante examinar alguns de seus aspectos procedimentais pontuais, especialmente no que diferem do regime da execução de títulos judiciais. Recorde-se que, em princípio, o procedimento utilizado por ambas as execuções é idêntico (até porque a execução de títulos judiciais se vale das regras da execução de títulos extrajudiciais no que compatível, como determinam os arts. 513 e 771), apenas interessando, agora, os aspectos particulares da execução de títulos extrajudiciais, não analisados quando da exposição do desenvolvimento do cumprimento da sentença no direito nacional.

1.3.2. A instauração do processo de execução

Porque aqui se tem a instauração de um processo judicial, o início da execução se dá sempre por petição inicial. Diferentemente do que em regra ocorre na execução de títulos judiciais,[25] a execução de títulos extrajudiciais impõe a elaboração de petição inicial, a qual deve satisfazer integralmente os requisitos do art. 319, do CPC, aplicável à execução por força do contido no art. 771, parágrafo único, do mesmo Código.

Deverá, então, inicialmente, o credor indicar o endereçamento da petição inicial,

apontando o órgão jurisdicional ao qual pretende seja distribuída a ação (art. 319, I), respeitando as regras de competência próprias.

A competência para as execuções de títulos extrajudiciais rege-se, no geral, pelas regras estabelecidas no art. 781, do CPC. Assim, via de regra, a demanda executiva será proposta "no foro de domicílio do executado, de eleição constante no título ou, ainda, de situação dos bens a ela sujeitos" (art. 781, I) ou ainda no "foro do lugar em que se praticou o ato ou em que ocorreu o fato que deu origem ao título, mesmo que nele não mais resida o executado" (art. 781, V). Havendo vários devedores ou possuindo o devedor vários domicílios, a execução poderá ser proposta em qualquer desses domicílios (ou no domicílio de qualquer dos devedores) a critério do exequente. Sendo incerto o domicílio do executado, faculta-se o ajuizamento da execução no domicílio do exequente. Regra especial foi prevista para a execução de títulos da Fazenda Pública (execução fiscal), caso em que a demanda deve ser "proposta no foro de domicílio do réu, no de sua residência ou no lugar onde for encontrado" (art. 46, § 5.º). Em todos os casos, como é evidente, trata-se de competência territorial e, portanto, relativa, podendo ser desconsiderada pelas partes, com a prorrogação de competência para outro foro, o que aliás resta evidente diante da menção ao "foro de eleição" no art. 781, I, do Código.[26]

Também é necessário indicar na petição inicial o nome e a qualificação das partes do processo (art. 319, II e art. 798, II, *b*). A eleição dos sujeitos parciais da execução deve tomar em consideração o disposto nos arts. 778 e 779 do CPC. O tema foi analisado quando se estudou a execução de títulos judiciais, dispensando aqui nova análise.[27] É suficiente, apenas, recordar que a exigência (contida no art. 798, II, *b*) de que se ofereça na inicial os números de inscrição no cadastro de pessoas físicas ou no cadastro nacional de pessoas jurídicas só se impõe quando o credor disponha dessa informação. É evidente a utilidade desse dado, mas claramente não se pode inviabilizar a execução apenas porque ela não consta no título executivo e, eventualmente, não é acessível ao credor. Não possuindo o exequente a informação em relação ao número do cadastro de pessoas físicas ou do cadastro nacional de pessoas jurídicas do executado, e não tendo condições de obtê-la, pode solicitar a colaboração judicial para suprir essa deficiência (art. 319, § 1.º, do CPC). Caso, mesmo assim, a informação não seja obtida, a causa deve tramitar independentemente desse defeito (art. 319, § 3.º, CPC), podendo, no curso da demanda, realizar-se diligências para a obtenção do dado, que pode contribuir para diversos atos processuais, a exemplo da penhora de valores depositados em instituições financeiras.

O credor também deverá apresentar a causa de pedir da sua ação (art. 319, III). Em razão da exibição do título, que acompanhará a inicial e traduzirá a presunção de existência do direito almejado, bastará ao exequente indicar a existência da obrigação referida no título e o inadimplemento (*rectius*: mora) havido. Eventualmente, poderá ser necessário incluir na causa de pedir a alegação de que ocorreu a condição ou o termo, de modo a tornar exigível a prestação, ou ainda que o credor providenciou a contraprestação, de modo a habilitá-lo a postular a satisfação de seu direito.

Embora aqui o requisito assuma contornos meramente formais, exige-se também que o credor formule o pedido daquilo que pretende (art. 319, IV). O pedido imediato será sempre o mesmo: a execução. Importará apenas a determinação do pedido mediato, que se traduz pelo montante exigido ou pela prestação buscada. A apuração deste valor dependerá da exibição do título executivo extrajudicial – no qual estará o montante estará expressamente consignado – e, em regra, da demonstração do cálculo elaborado para a atualização do crédito (art. 798, I, *a* e *b*, do CPC). No demonstrativo de débito, é obrigatório que o credor indique o índice de correção monetária e a taxa de juros de mora utilizados, os termos inicial e final de incidência de tais índices, a periodicidade de capitalização dos juros, quando cabível, e o desconto obrigatório realizado, também quando for o caso (art. 798, parágrafo único). A rigor, como já se disse quando se examinou a execução dos títulos judiciais, o demonstrativo de débito deve ser *analítico*, permitindo ao devedor o conhecimento exato daquilo que lhe está sendo exigido. Somente assim se possibilita a ele oferecer a devida objeção em relação à execução, argumentando com eventual excesso de execução.

Eventualmente, o pedido do exequente poderá indicar a espécie de execução desejada, quando a lei disciplinar mais de um modo para a satisfação do credor (art. 798, II, *a*, do CPC). Tal é o que ocorre, por exemplo, na execução de prestação alimentar (art. 911 e ss., CPC), em que se autorizam diversas formas para a satisfação do crédito buscado.

Na mesma linha, se o título executivo previr obrigações alternativas, cabendo a escolha ao credor, deverá ele realizar essa eleição já na petição inicial (art. 800, § 2.º). Caso essa escolha caiba ao devedor, então o pedido inicial não pode ser, diretamente, o da efetivação da obrigação; deve o credor requerer a citação do devedor para que, no prazo de dez dias, ou no prazo estipulado em lei ou no contrato, realize a escolha. Omitindo-se o devedor em proceder a essa escolha no prazo legal, devolve-se ao credor o direito de opção (art. 800, § 1.º).

O exequente pode formular pedido de tutela antecipada de urgência *no bojo da própria execução (art. 799, VIII)*. Embora a previsão seja desnecessária, já que, no modelo atual, *sempre* as medidas de urgência (cautelares ou satisfativas) podem ser postuladas dentro do "processo principal", a previsão é reminiscência do código anterior, que tinha essa hipótese como absolutamente excepcional.

Como em toda petição inicial, aqui também será necessário indicar o valor da causa (art. 319, V). Este valor será tomado a partir do montante exigido na execução, ou do valor econômico da prestação de fazer, de não fazer ou de entregar a coisa, objeto do processo, cabendo impugnação ao valor da causa, a ser deduzida nos embargos à execução (art. 917, VI, c/c o art. 293) no caso de erro na fixação deste valor pelo exequente.

Considerando-se que a execução não busca julgamento sobre o direito do autor, mas a sua realização, em princípio não se cogita de requerimento de provas (art. 319, VI).

Porém, poderá o exequente, excepcionalmente, ter o dever de evidenciar alguma condição para a execução, como demonstrar que adimpliu a contraprestação que lhe correspondia ou que lhe assegura o cumprimento, se o executado não for obrigado a satisfazer a sua prestação senão mediante a contraprestação do exequente (art. 798, I, *d*, do CPC). O mesmo ocorre nas execuções de prestações sujeitas a termo ou condição, já que também nestes casos cabe ao credor demonstrar na inicial a verificação destes elementos (art. 798, I, *c*, do CPC).

Entretanto, essas provas cuja produção pode ser requerida na execução não se submetem ao regime normal da prova documental. Ao contrário, tais provas se sujeitam-se à ideia de "documentos indispensáveis à propositura da ação", a que alude o art. 320 do CPC. Com efeito, não se trata de simples provas para a demonstração dos fatos alegados na inicial, mas de pressupostos para a instauração válida do processo executivo, de modo que sua não apresentação com a inicial poderá determinar o indeferimento da petição inicial, caso não suprido o defeito em quinze dias (art. 801, do CPC).

Sempre que possível, deve o credor, ainda, apresentar a relação dos bens que podem ser penhorados (art. 798, II, *c*, do CPC). Nesta hipótese, deverá o exequente, na medida do possível, descrever o bem, estimando o seu valor – para que o volume de bens a serem penhorados seja aproximadamente correspondente ao crédito demandado – e apresentando sua localização. Embora a lei aluda apenas à primeira exigência, é certo que a ausência das demais reduz significativamente a utilidade desta indicação, deixando de contribuir para a adequação e para a agilização da penhora.

A petição inicial no *processo de conhecimento* deve indicar ainda, como se sabe, "a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação" (art. 319, VII). Alguém poderia imaginar que esse requisito seria incompatível com o processo de execução, já que aqui se pretende imediatamente o adimplemento de obrigação presumida como existente. Todavia, essa pré-compreensão é claramente equivocada. Também na execução pode ser interessante ao autor obter solução consensual da controvérsia, atingindo mais rapidamente seu objetivo. Recorde-se que a possibilidade de solução consensual na execução é figura já existente, no ordenamento nacional, no regime dos Juizados Especiais,[28] tratando-se de experiência muito bem sucedida. Por isso, também na petição inicial da execução deve o exequente indicar se pretende ou não sujeitar a realização de seu crédito à conciliação ou à mediação, não havendo razão para afastar-se essa exigência também do rito executivo.

Finalmente, a petição inicial deve ainda requerer a citação do executado.

Frise-se que, com a petição inicial, deverá o exequente apresentar os documentos indispensáveis à propositura da ação. Estes consistirão naquelas provas antes indicadas (referentes à contraprestação ou ao implemento do termo ou da condição) e, ainda, o título executivo extrajudicial e o demonstrativo do débito atualizado até o ajuizamento da causa (art. 798, I, do CPC).

Admitido o processamento da demanda, faculta-se ao exequente realizar a averbação da propositura dessa demanda em registro público, de modo a dar conhecimento a terceiros desse fato e, com isso, evitar eventual fraude à execução (arts. 799, IX e 844). Também pode o credor requerer ao juiz a inclusão do nome do executado em cadastro de inadimplentes, como forma de persuadi-lo ao pagamento. Nesse caso, havendo o pagamento, garantida a execução ou extinto o processo por qualquer razão, deve-se providenciar o cancelamento imediato da inscrição (art. 828, §§ 3.º e 5.º).

Estando em ordem a petição inicial, determinará o juiz a citação do executado. Caso contrário, verificando o juiz que essa petição está incompleta ou que lhe faltam os documentos indispensáveis, como já dito, será o exequente intimado a corrigir o defeito no prazo de quinze dias, sob pena de indeferimento da petição inicial (art. 801).

Recebida a petição inicial e determinada a citação do executado, ter-se-á por interrompida a prescrição, ainda quando ordenada por juiz incompetente. Embora seja essa decisão o *ato* judicial que gera a interrupção da prescrição, o momento desde o qual se considera paralisado esse prazo é o do ajuizamento da demanda, salvo se, *por culpa do exequente*, não adotar ele as providências necessárias à obtenção da citação do executado, caso em que não ocorrerá essa retroatividade (arts. 802 e 240, §§ 1.º e 2.º).

1.3.3. A cumulação de ações executivas

Tal como sucede no processo de conhecimento, no processo de execução admite-se a cumulação de diversas ações executivas. É possível, em um só processo de execução, cumular várias ações contra o mesmo réu (cumulação objetiva) assim como é viável que uma mesma demanda executiva seja apresentada por vários autores contra um único réu, ou ainda contemplando vários autores e réus ao mesmo tempo (cumulação subjetiva).

Da cumulação objetiva trata o art. 780 do CPC. Segundo esta norma, a apresentação de várias execuções contra o mesmo devedor pode realizar-se, ainda que se fundem em títulos distintos, desde que "para todas elas seja competente o mesmo juiz e idêntico o procedimento". Em linhas gerais, os requisitos postos nesta norma não diferem dos que disciplinam a cumulação objetiva no "processo de conhecimento" (art. 327, do CPC). Não se exige que as prestações estejam representadas pelo mesmo título,[29] bastando a identidade do procedimento utilizado e a competência (absoluta) do juízo em que se processará o feito com as demandas cumuladas. Em vista disto, não se pode cumular uma execução de título judicial com uma baseada em título extrajudicial, ou com uma execução contra a Fazenda Pública, ou com uma execução fiscal, já que distintos são seus procedimentos. Da mesma forma, não se pode cumular execuções cuja competência funcional ou material pertença a órgãos jurisdicionais distintos (*v.g.,* execução de competência originária de tribunal e execução de competência do primeiro grau).

Note-se que a questão da competência relativa é, em princípio, irrelevante, não obstaculizando a cumulação de execuções. É possível executar títulos que deveriam ser

satisfeitos em comarcas diferentes, uma vez que, não apresentada oportuna oposição pelo devedor, haverá prorrogação da competência e o juízo tornar-se-á competente para todas as execuções.

Quanto à cumulação subjetiva – em que se forma litisconsórcio de credores ou devedores ou de ambos – dependerá ela da satisfação de uma das condições delineadas no art. 113 do CPC, que disciplina o regime geral do litisconsórcio no direito brasileiro. Portanto, para se admitir o litisconsórcio na execução, é no mínimo necessário que exista afinidade de questões, por ponto comum de fato ou de direito entre as execuções (art. 113, III).

Como observado no exame da execução de títulos judiciais, é corrente o entendimento de não existir litisconsórcio necessário na execução. A conclusão, todavia, é apressada, pois pode haver situações em que, por imposição legal, devam litigar conjuntamente (no polo passivo em especial) mais de uma pessoa. O que não se admite, na execução, é o litisconsórcio unitário, já que este processo não tem por objetivo uma decisão, não se cogitando de uma decisão uniforme para todos os litisconsortes.

Seria questionável a possibilidade de se ter cumulação subjetiva e objetiva concomitantemente, havendo, em um só processo, várias execuções contra vários devedores ou por vários credores. Esta possibilidade deve ser admitida *desde que satisfeitas, concomitantemente, as exigências dos arts. 113 e 780 do CPC*. Ou seja, desde que presentes os requisitos para a cumulação objetiva e também aqueles exigidos para a cumulação subjetiva, é admissível a propositura de várias ações executivas, por diferentes credores ou contra distintos devedores.[30]

1.3.4. A disponibilidade do processo executivo

Seguindo a máxima de que a execução se desenvolve no interesse do credor, o Código de Processo Civil estabelece um regime próprio de disponibilidade da execução em favor do credor.

Assim, em princípio, o credor pode, independentemente do consentimento do devedor, desistir de toda a execução ou de algum ou alguns ato dela (art. 775 do CPC). Pode, assim, por exemplo, desistir de determinada penhora de bem, ou do pedido de alienação por iniciativa particular.

Essa livre disponibilidade do processo executivo, porém, encontra uma limitação, consistente na hipótese em que o devedor haja apresentado “defesa” contra a execução. Assim, caso o executado tenha oferecido embargos à execução tratando de questões referentes ao título ou à obrigação nele estampada, a extinção da execução depende da concordância do embargante. Se, porém, esses embargos se restringirem a questões processuais – vícios na citação, falta de intimação de algum sujeito etc. – a desistência da execução não se condiciona à aquiescência do executado, mas deverá o exequente

reembolsar o executado dos valores por este gastos com as custas processuais e os honorários de advogado (art. 775, parágrafo único, do CPC).

1.4. Particularidades do processo de execução por quantia certa fundado em título extrajudicial

1.4.1. Questões preliminares

Já se viu, quando da análise do cumprimento da sentença e da exposição dos princípios que regem a execução brasileira de forma geral, que o Código de Processo Civil de 2015 optou por manter a efetivação de obrigações concernentes a pagar quantia certa, fundada em título extrajudicial, sob um regime de *tipicidade* das formas executivas. Vale dizer que, no modelo em vigor – e também nos anteriores – a execução para a cobrança de créditos se faz sob um regime específico, por meio da expropriação de bens (do executado ou de terceiros responsáveis), com a entrega do valor correspondente ao credor, ou com a entrega direta desses bens ao credor. Não há, então, ao contrário do que sucede com os títulos judiciais que impõem pagamento de soma de dinheiro, espaço para variações do procedimento às peculiaridades da obrigação ou para a adoção de medidas de indução ou de sub-rogação outras, que não aquelas expressamente indicadas no procedimento legal.

Recorde-se que, embora uma análise superficial do regime de "cumprimento de sentença" que impõe obrigação pecuniária, estabelecido pelo código, possa gerar a falsa impressão de que também para títulos judiciais o modelo adotado foi o da *tipicidade* das formas executivas, essa conclusão é equivocada. Realmente, a leitura dos arts. 523-527 do CPC, pode conduzir alguém a concluir que as obrigações pecuniárias fundadas em sentença também devem ser efetivadas por meio de técnicas de expropriação (com a penhora e alienação de bens). Todavia, exame mais aprofundado e sistemático do código mostra que assim não é. O art. 139, IV, do CPC, não deixa dúvida de que o juiz pode, sempre, empregar todas as medidas indutivas (aí incluídas as coercitivas) ou sub-rogatórias, que sejam necessárias para obter o cumprimento de ordens judiciais, "inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária". Portanto, não pode haver dúvida de que, para a efetivação de decisões judiciais (e, de modo geral, de títulos judiciais), pode o juiz empregar, ao lado da modalidade expropriatória prevista pelos arts. 523-527, CPC, qualquer outra técnica que seja útil, adequada, efetiva e suficiente para a obtenção da satisfação da ordem judicial. Pode, assim, impor a obrigação de pagar sob pena de multa, ou de outro meio de indução tido como eficiente; pode atribuir a terceiros o pagamento, quando for adequado etc.

Logicamente, essa abertura sistemática do código se justifica em relação aos títulos judiciais. É assim para sentenças que impõem outros tipos de prestação, como prestações de fazer, não fazer e entregar coisa (arts. 536 a 538, CPC), e nada justifica que se dê tratamento diverso a prestações pecuniárias. De outro lado, a intenção do código em atribuir *imperium* às sentenças que impõem prestação pecuniária já é visível ao se

perceber a sanção prevista para o não atendimento da determinação de pagar quantia, estampada em sentença – a multa de 10% a que alude o art. 523, § 1.º, CPC. Em terceiro lugar, essa imposição se justifica, por se tratar de *decisão judicial*, oriunda de processo realizado sob contraditório e com a observância do devido processo legal.

Entretanto, se assim deve ser com os títulos judiciais, o mesmo não ocorre em se tratando de títulos extrajudiciais. Como já visto, esses são documentos particulares, formados, às vezes, unilateralmente. Não há nenhuma prévia intervenção estatal em sua formação, nem se deu aos envolvidos a oportunidade de serem previamente ouvidos pelo Judiciário. Por isso se justifica tratamento mais cauteloso dado a esses títulos. O Código opta, então, por atribuir a esses títulos um modelo *típico* de execução, permitindo que ela se faça, apenas, por sub-rogação. Não se aplica aqui o art. 139, IV, do CPC, mesmo porque não há "ordem judicial" a ser realizada. Há apenas um documento, que, por imposição legal, espelha a existência de uma obrigação e que, portanto, deve em princípio gerar a presunção da existência do direito; é essa a circunstância que autoriza que se tomem medidas de invasão do patrimônio do suposto devedor desde logo, sem prévio contraditório ou direito de defesa ao executado. Todavia, isso não deve gerar a conclusão de que se devam equiparar as técnicas executivas oferecidas a sentenças e a esses documentos.

Por isso, no sistema brasileiro atual, a execução de títulos judiciais que impõem pagamento de soma emprega regime de *atipicidade* dos meios executivos. Já a efetivação de títulos extrajudiciais se dá por um modelo *típico*, com procedimento estritamente regrado pelo Código.

Feita essa ressalva, vale lembrar que as questões mais complexas desse procedimento já foram examinadas quando se viu o rito do cumprimento de sentença, ficando para este espaço apenas as questões exclusivamente atinentes ao processo de execução de títulos extrajudiciais.

1.4.2. A fase inicial do procedimento

Como já dito, caso a petição inicial não observe os requisitos do art. 319 ou não esteja acompanhada dos documentos indispensáveis à propositura da ação, deverá o juiz determinar a emenda da petição inicial no prazo de quinze dias. Suprido o defeito, será a petição inicial recebida, determinando-se a citação. Não apresentada a emenda, o juiz indeferirá a inicial, extinguindo o processo (art. 801 do CPC).

Estando em ordem a petição inicial, será recebida pelo juiz. Nesta ocasião, o juiz deverá fixar os honorários de sucumbência a serem pagos pelo executado, no importe de dez por cento, determinando a sua citação para pagar o valor da dívida no prazo de três dias, advertindo-o de que, em caso de integral pagamento neste prazo, o valor dos honorários inicialmente fixados serão devidos pela metade (arts. 827 e 829, do CPC). A praxe, mesmo diante da omissão do CPC de 1973, já consagrava a ideia da fixação liminar

dos honorários, de modo que o art. 827 (que repete a previsão do art. 652-A do Código revogado) apenas explicita aquilo que comumente se fazia. De fato, este é o momento para a fixação dos honorários, já que não se discute, no processo de execução, se o executado deve o valor exigido, inexistindo o que alegar, conhecer e decidir acerca do direito de crédito. Parte-se da premissa – decorrente do título – de que o executado é, efetivamente, devedor, e, assim, como deve ser citado para pagar o valor da dívida em três dias, este é o momento em que deve pagar os honorários de advogado. Ademais, se os honorários fossem fixados apenas no final, poderia haver nova execução desta verba, e posteriormente outra de novos honorários ao término desta última, e assim sucessivamente, inviabilizando-se a conclusão do processo.

Sempre haverá, é claro, a possibilidade de incremento posterior do valor dos honorários de sucumbência (art. 827, § 2.º, do CPC), o que pode redundar exatamente na perpetuação da execução, apenas para a satisfação da verba honorária, como acima dito. Porém, parece ser possível contornar o problema, com a fixação dos honorários na fase final do processo executivo uma única vez, atendendo aos critérios do art. 85 do CPC/2015, e executando esse montante, se necessário.

Prevê a lei, como já dito, que, em caso de imediato pagamento da dívida exigida, haverá a redução, pela metade, do valor dos honorários inicialmente arbitrados (art. 827, § 1.º, do CPC).[31] A função do preceito é evidente: presta-se como sanção premiativa, estimulando o devedor a não litigar e a pagar espontânea e imediatamente o crédito demandado. Por esta razão, os honorários apenas podem ser reduzidos pela metade com a quitação imediata e integral da dívida (somada aos acessórios e às despesas processuais). Diante da natureza da sanção em questão, no mandado de citação deverá constar a advertência de que o pagamento integral da dívida, no prazo de três dias, acarretará a redução dos honorários advocatícios pela metade, pois desta forma se estará advertindo o executado a respeito da vantagem do pagamento imediato da totalidade da dívida.

De outro lado, é certo que a fixação dos honorários, feita inicialmente, é *provisória*, e se presta apenas para a hipótese de imediato pagamento. Caso a demanda prossiga, e outros incidentes surjam no curso do processo, obviamente aquele valor inicialmente fixado se torna insubsistente e outro montante deve ser arbitrado, à vista do trabalho realizado e da complexidade da causa. Por isso mesmo, prevê o art. 827, § 2.º, do CPC, que "o valor dos honorários poderá ser elevado até vinte por cento, quando rejeitados os embargos à execução, podendo a majoração, caso não opostos os embargos, ocorrer ao final do procedimento executivo, levando-se em conta o trabalho realizado pelo advogado do exequente".

O art. 827, do CPC, pode dar a falsa impressão de que o prazo de três dias, oferecido para o pronto pagamento da dívida, deve contar-se a partir da *efetiva citação do réu*, e não na forma tradicional, ou seja, em regra, da juntada aos autos do instrumento de citação cumprido (art. 231 do CPC). Na realidade, essa não é a interpretação correta do

preceito. Isso porque essa interpretação poderia tornar inviável a aplicação da sanção premiativa prevista no art. 827, § 1.º, já que poderia tornar impossível a contagem do prazo de três dias, concedido para o pronto pagamento. De outro lado, não há o que justifique tratamento diverso na execução em relação ao processo de conhecimento. Ademais, recorde-se que raramente ocorrerá o pagamento efetivo no prazo de três dias; o que deve ocorrer nesse prazo é a manifestação de intenção de pagamento, com o que se devem calcular eventuais custas e acréscimos legais, para que se possa proceder ao pagamento. O prazo, portanto, conta-se a partir da juntada aos autos do instrumento citatório.

De todo modo, havendo mais de um executado, o prazo será autônomo para cada um deles, contando-se, então, a partir da juntada aos autos do respectivo mandado de citação, salvo no caso de cônjuges ou companheiros, quando o prazo de ambos será contado a partir da juntada aos autos do último mandado citatório (art. 915, § 1.º, do CPC).

Admitido o processamento da execução, o credor pode requerer certidão comprobatória da existência do processo, que deverá identificar as partes e o valor da causa. Esta certidão pode ser averbada no registro de imóveis, no registro de veículos ou no registro de outros bens sujeitos a penhora, a arresto ou a outra forma de indisponibilidade (art. 828 do CPC). A medida se presta como forma de cautela, a fim de precaver-se o exequente contra possíveis alienações ou onerações fraudulentas desses bens. Por isso mesmo, estabelece o art. 828, § 4.º, do Código, que a alienação ou oneração de bens sobre os quais penda essa averbação é presumida em fraude à execução, não surtindo efeitos para o processo.

É incumbência do exequente providenciar estas averbações, devendo localizar os bens e realizar a inscrição no registro respectivo. Esse é sem dúvida um dos graves defeitos desse instrumento, por onerar o exequente com a tarefa (às vezes bastante complexa) de localizar bens passíveis de execução e, o quanto antes, realizar a averbação aqui tratada. Não parece, todavia, de todo absurdo que o credor possa solicitar o apoio judicial nessa tarefa, para os fins dos arts. 772, III, e 774, V, do CPC (exibição de dados referentes aos bens penhoráveis).

Realizadas as averbações, deve o exequente comunicar ao juízo a respeito dos bens sobre os quais foi anotada a existência da ação, para fins de controle da extensão da garantia (art. 828, § 1.º).

Diz o art. 828, § 2.º, que, formalizada a penhora sobre bens suficientes para cobrir a integralidade do valor da dívida, deverá o exequente providenciar o cancelamento das averbações relativas aos bens que não foram penhorados. Contudo, em caso de dúvida sobre se o bem penhorado será arrematado ou se o valor proveniente da sua alienação será suficiente para saldar o crédito, as averbações que não dizem respeito aos bens penhorados devem ser mantidas. Caso o exequente, em razão desta situação, não peça o

cancelamento das averbações, caberá ao magistrado, de ofício ou a requerimento do executado, proceder ao levantamento dessas anotações, ressalvado, porém, sempre a hipótese acima indicada. Vale dizer que o ônus argumentativo é do executado. Este ônus apenas será do exequente quando, no final do processo de execução, verificar-se que os bens inicialmente penhorados foram suficientes para a realização integral do direito de crédito. Ou seja, o exequente poderá deixar de requerer o cancelamento da averbação inicialmente realizada, ainda que ela não diga respeito ao bem penhorado, quando a averbação for necessária para garantir o seu direito de crédito.

Por fim, de modo a evitar abuso no emprego dessa técnica, estabelece o art. 828, § 5.º, que, se o exequente abusar do seu direito à averbação, ou se não providenciar o cancelamento das averbações desnecessárias, poderá ser obrigado a indenizar os prejuízos causados ao executado, "processando-se o incidente em autos apartados".

1.4.3. A citação do executado

Recebida a petição inicial, fixado o valor dos honorários do advogado do exequente e determinada a citação, é necessário promovê-la. A via regular de citação do devedor é o mandado – que pode ou não gerar a necessidade da citação com hora certa – admitindo-se eventualmente o edital, nos casos do art. 256 do CPC. Embora o código atual não seja tão explícito quanto o anterior, não se aceita, no processo de execução, a citação por correio. Assim ocorre porque, como diz o art. 249 do CPC, a citação deve fazer-se por oficial de justiça nos casos previstos no Código. A seu turno, os arts. 829 e 830 tornam inequívoca a participação do oficial de justiça na citação realizada no processo de execução. Por isso, em que pese a não repetição do atual Código da regra expressa do art. 222, *d*, do Código de 1973, continua a viger a exigência de que nos processos de execução a citação se dê por oficial de justiça, eventualmente substituída pela citação ficta, nos casos autorizados por lei.

Nos casos de citação ficta – citação por edital ou com hora certa – se o devedor não comparecer no prazo que a lei lhe concede, deverá o juiz nomear curador especial (art. 72, II, do CPC), que terá autorização para representá-lo, inclusive podendo apresentar embargos à execução.[32]

A citação do executado, *ainda quando ordenada por juiz incompetente*, produz os efeitos gerais da citação, como delineados no art. 240 do CPC. Deste modo, realizada a citação, faz-se eficaz a litispendência, torna-se litigiosa a coisa e se constitui em mora o devedor. A constituição em mora, por conta da citação, só ocorrerá se outro fato anterior já não tiver induzido este efeito.

Quanto ao efeito de tornar litigiosa a coisa, recorde-se o que foi dito anteriormente, ao se apreciar a fraude à execução.[33] Relembre-se que a importância da noção de litigiosidade da coisa objeto do processo reside, exatamente, na caracterização da fraude à execução. Entende-se, há muito tempo, que só com a citação do executado (mesmo que

ordenada por juiz incompetente) as alienações e onerações de bens penhoráveis serão consideradas em fraude à execução (art. 792, IV, do CPC) e, portanto, não surtirão efeitos perante a execução. No direito vigente, porém, é possível antecipar o momento em que esta presunção incide a partir da averbação disciplinada pelo art. 828. Como visto, o exequente pode, ao propor a execução, obter certidão da sua distribuição para averbar a existência do processo nos registros de bens do executado. A partir desta averbação, qualquer alienação ou oneração de bem em cujo registro esteja inscrita a existência da ação executiva é considerada em fraude à execução (art. 828, § 4.º e art. 792, II e III, do CPC), independentemente da data da ordem que determina a citação do executado. Portanto, não é *apenas a ordem de citação* que induz o efeito de tornar litigiosa a coisa. O registro prévio da ação executiva conduz à mesma consequência.

Em relação à interrupção da prescrição, já se viu que esse efeito decorre não propriamente da citação do réu, mas antes, da decisão judicial que a ordena (arts. 240, § 1.º e 802 do CPC). O tema foi melhor examinado quando do estudo da execução de títulos judiciais.[34] Importa apenas frisar que a interrupção da prescrição na execução – à semelhança do que sucede no processo de conhecimento – ocorre com ordem de citação do executado, *mas seus efeitos retroagem à data da propositura da ação (art. 802, parágrafo único, do CPC)*, quando o demandante adotar as providências que lhe competir, no prazo de dez dias, para lograr a citação do executado (art. 240, § 2.º), sendo irrelevante a demora na citação imputável apenas ao serviço Judiciário (art. 240, § 3.º). Caso o autor não se desonere dessas providências, sem justa causa, no prazo indicado, então não ocorrerá o efeito retroativo da interrupção da prescrição, e ela somente se interromperá a partir da decisão judicial que ordena a citação do réu.

Não encontrando o executado para realizar a citação, o oficial de justiça, antes de restituir o mandado aos autos, realizará o *arresto* de bens em quantidade suficiente para que a execução possa ser satisfeita (art. 830 do CPC). Este arresto não se confunde com o arresto cautelar, a que alude o art. 301 do CPC. Possui natureza *executiva* e não cautelar, sendo irrelevante a presença ou não da aparência do direito ou do perigo de dano irreparável para a sua concessão. Sua natureza executiva decorre do fato de que antecipa as consequências da penhora, não se prestando apenas para garantir a futura execução, como ocorre com o arresto cautelar. Trata-se de medida que independe de decisão judicial, incidindo diante da simples não localização do executado para a citação.

Efetuado o arresto de bens, o oficial, no espaço dos dez dias seguintes, procurará o devedor, pelo menos duas vezes em dias distintos, para tentar concretizar a citação. Havendo suspeita de ocultação do executado, procederá o oficial então à citação com hora certa. Frustradas as diligências, restituirá o mandado não cumprido, com certidão comprobatória dos atos realizados (art. 830, § 1.º, do CPC). Retornando o mandado aos autos sem a realização da citação, será o credor intimado para promover a citação do executado por edital (art. 830, § 2.º). Realizada a citação pessoal ou ficta, correrá então o prazo de três dias para que o devedor realize o pagamento do débito. Não havendo

manifestação oportuna do requerido neste período, o arresto será convertido em penhora, independentemente de novo termo, seguindo-se a execução em seus ulteriores trâmites (art. 830 do CPC). Neste caso, diante do não comparecimento do executado e de sua citação por edital, deve ser nomeado curador para a defesa dos seus interesses no processo.

1.4.4. As condutas autorizadas ao executado

O art. 652 do CPC/1973, em sua última versão, afirmava que o direito de nomeação de bens à penhora cabia apenas ao credor, de modo que o devedor não tinha a prerrogativa de, citado, interferir no procedimento de penhora de bens, a não ser ulteriormente no processo. O tema, todavia, volta a ter interesse na medida em que o art. 829, § 2.º, do CPC atual, prescreve que "a penhora recairá sobre os bens indicados pelo exequente, salvo se outros forem indicados pelo executado e aceitos pelo juiz, mediante demonstração de que a constrição proposta lhe será menos onerosa e não trará prejuízo ao exequente".

Ao que parece, porém, o dispositivo não alterou a lógica vigente antes da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015. Em um primeiro momento, *apenas* o exequente tem a faculdade de indicar bens à penhora, sendo que o preceito contido no art. 829, § 2.º, do CPC, só tem sentido como mecanismo utilizável para a *substituição* de bem já penhorado.

Contribui para essa conclusão, em primeiro lugar, a previsão contida no art. 829*, caput*, do CPC, que é peremptória ao afirmar que o executado é citado apenas para "pagar a dívida" e não para indicar bens à penhora. A indicação de bens à penhora, inicialmente, ou toca ao exequente (art. 798, II, *c*, do CPC) ou será realizada de ofício pelo oficial de justiça, em caso de inexistência de manifestação do réu no sentido de realizar o pagamento imediato da dívida (art. 829, § 1.º).

De outro lado, é importante observar que permitir um "debate" entre exequente e executado a respeito dos bens a serem penhorados depõe contra a celeridade que merece a execução e imprime necessidade de cognição que deveria ser sempre excepcional nesse tipo de processo.

Por isso, não se cogita da hipótese de, citado, o executado, ao invés de proceder ao pagamento da obrigação, manifeste apenas seu interesse em que a penhora consequente se dê sobre esse ou aquele bem. Na realidade, não efetuado o pagamento integral do débito, o *oficial de justiça*, de posse da segunda via do mandado de citação, procederá à penhora de bens – que localizar ou que lhe foram indicados pelo exequente – e à sua imediata avaliação (quando possível). Lavrado o respectivo auto de penhora, o oficial de justiça intimará de pronto o executado (art. 829, § 1.º).

Isto, porém, não significa concluir que as únicas condutas permitidas ao executado sejam o pagamento imediato da prestação ou a expectativa pela penhora. Na realidade, a

lei autoriza o devedor a, no prazo de quinze dias (e não no interregno de três), *reconhecer a existência do crédito demandado pelo credor*, depositando de pronto o equivalente a trinta por cento do valor executado (aí incluídas as custas e honorários advocatícios). Assim agindo, poderá o devedor requerer moratória em relação ao restante da dívida, postulando o seu pagamento em até seis parcelas mensais, acrescidas de juros de um por cento ao mês e correção monetária (art. 916, *caput*, do CPC). Desse pedido será o exequente intimado para manifestar-se (por isonomia, também no prazo de quinze dias, embora a lei não o especifique), podendo apontar o não preenchimento dos requisitos legais para essa moratória (art. 916, § 1.º). Caso o pedido seja aceito pelo juiz, poderá o credor levantar imediatamente a quantia depositada – e, posteriormente, as parcelas que mais tarde forem depositadas, inclusive aquelas que devem ser depositadas até que seja decidido o incidente (art. 916, §§ 2.º e 3.º) – suspendendo-se a execução até a quitação da dívida. Negado o pedido, manter-se-á o depósito de trinta por cento realizado (que será convertido em penhora), seguindo-se os atos executivos (art. 916, § 4.º, do CPC). A decisão do magistrado que examina o pedido de parcelamento, em todo modo, admitindo-o ou não, comporta agravo de instrumento (art. 1.015, parágrafo único, do CPC).

Autorizado o parcelamento, caso o devedor deixe de adimplir com qualquer das parcelas assumidas, haverá o vencimento antecipado de todas as parcelas remanescentes, prosseguindo-se a execução com os atos de expropriação. Neste caso, ainda, o magistrado imporá ao executado multa de dez por cento sobre o valor das prestações não pagas (art. 916, § 5.º, do CPC).

O art. 916, § 6.º, do CPC, prevê que a opção pelo parcelamento implica renúncia ao direito de apresentar embargos à execução. A solução harmoniza-se com a boa-fé processual: se, para o parcelamento, o executado deve "reconhecer o crédito do exequente", então é natural que não haja mais espaço para que ofereça embargos à execução. Assim, optando por postular o parcelamento, porque tem como reconhecida a obrigação exigida, não há mais espaço para defesa do executado, *mesmo que, por alguma razão, não seja deferido o benefício, ou seja ele posteriormente cassado, diante do não adimplemento das parcelas assumidas*.

Quanto à possibilidade de "pagamento parcelado da dívida", ainda, vale uma última observação: o controle exercido pelo juiz quanto ao pedido de parcelamento *é apenas formal*, e não dá ao magistrado poder para examinar a *conveniência* ou não no pedido formulado. Vale dizer que a menção ao deferimento do pedido de parcelamento não dá ao juiz o poder de negar tal pleito sob a só justificativa de que não há interesse no emprego da medida. Somente pode o juiz indeferir tal pedido se *formalmente* ele não puder ser realizado (porque, por exemplo, o executado não faz o depósito de trinta por cento, exigido de imediato, porque não se trata de execução de título extrajudicial, ou por outro motivo formal semelhante). Desse modo, presentes os pressupostos adequados e observadas as formalidades exigidas, é direito do executado pretender o parcelamento, ainda que a contragosto do exequente.

Ao invés desse pedido de parcelamento, também poderá o executado, no prazo de quinze dias, opor-se à execução por meio de embargos à execução, como se verá adiante. Juntamente com os embargos, poderá o devedor apresentar, se for o caso, as impugnações de impedimento e de suspeição do juízo (art. 146 do CPC). Tais incidentes regem-se pelas regras comuns, pertinentes ao processo de conhecimento, de modo que seu oferecimento poderá, eventualmente, determinar a suspensão do processo de execução até a decisão da questão (art. 146, §§ 2.º e 3.º, do CPC). Reconhecida a suspeição ou o impedimento do juiz, serão os autos remetidos ao seu substituto legal, que prosseguirá na análise do feito.

Neste momento inicial, o executado também poderá defender-se por meio das chamadas *exceções de pré-executividade*. O termo designa, como já estudado,[35] a defesa apresentada pelo executado dentro do próprio processo de execução, sem a necessidade do uso dos embargos à execução. Tradicionalmente, os tribunais admitem que, por este modo, o devedor pode alegar questões de ordem pública – as quais o juiz poderia ter examinado de ofício – bem como fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do crédito executado que não necessitem de dilação probatória para sua demonstração.[36] Tratando-se de questão que deveria ter sido examinada de ofício (art. 803, parágrafo único, do CPC), não se pode aceitar que o descuido ou a omissão voluntária do juiz venham em prejuízo do devedor, que somente teria a via dos embargos à execução para se defender de execução manifestamente inviável. Deve-se permitir que o devedor possa instar o juiz a averiguar a questão de ordem pública, até para que possa extinguir de pronto uma execução que certamente seria mal sucedida. Assim, temas como a incompetência do juízo da execução, a nulidade da citação ou outras objeções processuais podem ser apontadas diretamente pelo devedor, no prazo dos embargos, mas independentemente deles, a fim de evitar o prosseguimento de execução manifestamente injustificável.

Da mesma forma, havendo exceções substanciais indiretas (*v.g.,* pagamento, novação, compensação ou exceção de contrato não cumprido), que possam ser imediatamente reconhecidas pelo magistrado – porque sua prova é direta, por via documental, dispensando dilação probatória – deve-se admitir que a sua alegação seja feita dentro do processo de execução. Poupa-se o devedor dos custos e da demora dos embargos à execução, permitindo a resolução imediata da execução.[37]

1.4.5. Outras particularidades da execução pecuniária de títulos extrajudiciais

Não efetuado o pagamento do débito em três dias, o processo segue para a penhora. Esta, como acima mencionado, será feita pelo oficial de justiça sobre os bens que localizar ou que lhe forem indicados pelo exequente. Poderá, ainda, o juiz determinar, a qualquer tempo, que o executado indique seus bens penhoráveis, descrevendo-os, estimando os seus valores e apontando a sua localização, pena de incidir em ato atentatório à dignidade da justiça (art. 774, V, do CPC), punível com multa – em favor do autor – de até vinte por cento do valor atualizado do débito, além de sujeitar-se a outras penalidades.[38]

Realizada a penhora – na forma já estudada, quando da análise do procedimento da execução de títulos judiciais – dela serão intimados o devedor (arts. 829, § 1.º, e 841 do CPC) e o credor. A intimação das partes tem por finalidade permitir o exercício da prerrogativa da *substituição dos bens penhorados*, na forma prevista pelos arts. 829, § 2.º, 847 e 848 do CPC.

Eventualmente, ainda, e conforme o caso, devem ser intimados da penhora o cônjuge do executado (art. 842), o credor pignoratício, hipotecário, anticrético ou fiduciário (arts. 799, I), o titular do usufruto, uso ou habitação (art. 799, II), o promissário comprador (art. 799, III), o promitente vendedor (art. 799, IV), o superficiário, enfiteuta ou concessionário (art. 799, V), o proprietário do terreno com regime de direito de superfície, enfiteuse, concessão de uso especial para fins de moradia ou concessão de direito real de uso (art. 799, VI) e ainda a sociedade (art. 799, VII). Se a coisa penhorada pertencer a terceiro garantidor, também ele deve ser intimado da penhora (art. 835, § 3.º, do CPC).

Em relação à substituição de que trata o art. 848 do CPC, tem ela papel corretivo, ocorrendo quando tenha sido violada alguma determinação referente aos critérios de penhora. Quando a penhora decorrer da indicação de bens pelo exequente, não terá ele, obviamente, a faculdade de substituir os bens arrecadados (salvo no caso do inc. V do art. 848), ficando a autorização reservada ao executado. Em princípio, a substituição também não é possível nas execuções de créditos com garantia real, em que a penhora deve recair preferencialmente sobre o bem objeto da garantia (art. 835, § 3.º, do CPC).[39]

Ressalvados estes casos, poderá haver a substituição do bem penhorado por outro, desde que presente uma das hipóteses contempladas no art. 848, ou ainda, para o executado, na situação descrita pelo art. 847. Advirta-se que sempre que o devedor oferecer imóvel em substituição ao bem penhorado, deverá apresentar a anuência expressa do cônjuge, se casado for, exceto se o regime do casamento for o da separação absoluta de bens (art. 847, § 3.º, do CPC).

A substituição contemplada pelo art. 847 é expressão da regra da menor restrição possível. Trata-se de faculdade outorgada ao executado, que deverá demonstrar que a substituição lhe acarretará menor onerosidade, mas não trará prejuízo algum ao exequente. Admitida a substituição neste caso, deverá o executado satisfazer as exigências dos parágrafos do art. 863.[40]

No mais, o procedimento da penhora, assim como o da avaliação e o da expropriação de bens,[41] seguirá o regime examinado quando se estudou a execução dos títulos judiciais, variando apenas a reação do executado, que aqui, como visto, se dá por processo autônomo (embargos do executado), enquanto no cumprimento de sentença ele se faz internamente ao processo, por simples impugnação.

1.5. Particularidades da execução de prestações de fazer, não fazer e entregar coisa fundada em títulos extrajudiciais

Embora muitos dos títulos extrajudiciais se limitem a traduzir prestações de pagar, alguns deles podem veicular outras espécies de pretensões, como as de fazer, não fazer e entregar coisa. Por isso, a lei também disciplina modalidades próprias de procedimento executivo para estas prestações.

Novamente, porém, como se verá adiante, o regime empregado para a execução de títulos extrajudiciais que imponham prestações de entregar coisa, fazer e não fazer é muito distinto daquele previsto para os títulos judiciais. Há severa diminuição dos meios de indução e de sub-rogação autorizados, bem como – nos termos do que já se disse antes – um procedimento muito mais rígido para a efetivação dessas prestações.

Por isso mesmo, também como já afirmado, é que o legislador oferece ao titular de título executivo extrajudicial a prerrogativa de abdicar da exequibilidade de seu título, a fim de buscar, por um processo de conhecimento, uma sentença judicial (art. 785 do CPC). Com isso, obtida a sentença, abrem-se ao exequente muitas outras oportunidades e instrumentos para a satisfação de sua pretensão, havendo, pois, nítido interesse nessa conduta.

1.5.1. Aspectos gerais da execução de obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa

Seguindo a mesma linha do que ocorre com a execução de pagar quantia, a execução das prestações não monetárias (fazer, não fazer e entregar coisa), fundada em título extrajudicial, inicia-se com a apresentação de petição inicial, que observará os requisitos do art. 319 do CPC, sendo distribuída ao juiz competente segundo as regras ordinárias que tratam da matéria. É dispensada a exibição da memória do cálculo (art. 798, I, *b*, do CPC), já que esta execução não almeja soma em dinheiro, mas sim outra forma de prestação.

Não atendidos os requisitos da petição inicial, será o pleito rejeitado liminarmente, salvo se for possível a correção do defeito. Sendo isto viável, determinará o juiz a emenda à petição inicial no prazo de quinze dias, sob pena de indeferimento. Não sanado o defeito, a petição inicial será indeferida, extinguindo-se o processo. Suprido o vício, a execução terá seguimento.

Recebida a inicial, há duas providências que o juiz deve adotar. Inicialmente, deverá fixar de imediato o valor dos honorários advocatícios a serem pagos pelo executado, para o caso de pronto adimplemento da prestação, no valor de dez por cento do valor da causa (art. 827 do CPC). Em segundo lugar, deverá fixar multa periódica, como forma de induzir o devedor ao cumprimento imediato da obrigação (arts. 806, § 1.º, e 814 do CPC), salvo se o exequente, expressamente, tiver formulado pedido na inicial de que a execução se processe de outro modo, sem a multa coercitiva.

A fixação imediata dos honorários só é prevista para a execução de créditos. Todavia,

por ser esta verba também devida na execução de outras prestações, e porque o regime da execução de créditos é aplicável subsidiariamente aos outros procedimentos executivos, é evidente que também aqui esta providência deve ser adotada. Mais que isto: aqui também tem cabimento o previsto no parágrafo único do art. 827, § 1.º, que determina a redução dos honorários pela metade em caso de imediato cumprimento da obrigação. Esta redução serve de estímulo para o devedor cumprir imediata e voluntariamente a prestação.

A sanção premiativa da redução dos honorários pode conviver – e normalmente vai – com outra técnica de pressão psicológica, que é a multa coercitiva. No despacho inicial, o juiz deve impor ao executado a prestação devida, ameaçando-lhe com esta multa em caso de não cumprimento imediato da obrigação. A multa coercitiva já foi estudada, de modo que são dispensados maiores detalhes sobre sua fixação, sua efetivação e seu regime.[42] Recorde-se, porém,, que a sua função é compelir o devedor a adimplir e não puni-lo ou beneficiar o credor com um crédito que se soma à prestação devida. Para tanto, a multa deve ser imposta em valor realmente capaz de convencê-lo a adimplir, sendo natural, assim, que possa ser imposta em valor superior ao da própria prestação devida.

Não é correto supor que esta multa deve ser fixada em caráter módico. Ao contrário, o arbitramento da multa deve ser feito em parâmetro elevado – desproporcional ao valor da prestação exigida pelo credor –, exatamente para fazer com que o devedor opte pelo cumprimento da prestação e não pelo pagamento da multa.[43]

De toda sorte, a fixação inicial do valor da multa coercitiva não impede sua alteração posterior, nem o uso subsidiário das permissões contidas no art. 537 do CPC. Assim, a multa pode ser progressiva, pode ser aumentada ou diminuída no curso do processo e ainda pode, em que pese a redação do art. 806, § 1.º, do CPC, ter por parâmetro outro termo que não apenas o "dia de atraso", como, aliás, claramente prevê o art. 814, do mesmo Código. De fato, a multa pode ser fixada para o caso de não cumprimento pontual, sendo devida em razão do simples inadimplemento no prazo estabelecido, como ainda por dia de atraso, hora de atraso, semana de atraso etc., tudo dependendo da espécie de prestação devida e da complexidade para a sua realização.

Também em função desta complexidade, prevê a lei que o juiz deva, ainda ao despachar a inicial, ao menos para as prestações de fazer e não fazer, fixar o momento a partir do qual a multa é devida (art. 814, *in fine*). Na verdade, a intenção da lei é autorizar o juiz a, segundo a necessidade do caso concreto, determinar um prazo razoável para o cumprimento espontâneo da prestação. Estabelecido este prazo para o adimplemento voluntário, sua extrapolação dará ensejo à incidência da multa. Porém, nem sempre o juiz tem liberdade para fixar o prazo adequado à situação concreta. Na execução das obrigações de entrega de coisa, o legislador incumbiu-se desta tarefa, arbitrando o prazo de quinze dias para o cumprimento voluntário (art. 806 do CPC). Portanto, apenas nos casos de prestações de fazer e de não fazer, o juiz poderá estabelecer a data limite para o cumprimento espontâneo da obrigação, incidindo, a partir de então, a multa coercitiva. Todavia, pode ocorrer de a data já estar previamente fixada no título executivo. Neste

caso, novamente exclui-se a possibilidade de o juiz tomar outro momento, devendo respeitar a vontade das partes (art. 815, *in fine*, do CPC).

Por outro lado, também pode suceder de o título – em relação a qualquer destas prestações[44] – já contemplar o valor da multa coercitiva devida em caso de mora no adimplemento. Neste caso, o valor fixado pelas partes atuará como teto para a discricionariedade do juiz, que não poderá fixar a pena pecuniária *em valor superior* ao previsto no título. Poderá, entretanto, entendendo ser excessivo o valor tomado pelas partes, *reduzir o seu montante* a um parâmetro adequado (art. 814, parágrafo único, do CPC).

A par destas providências, também caberá ao juiz, ao receber a petição inicial, determinar a citação do requerido para os fins específicos de cada forma de execução, adiante estudados.

1.5.2. Prestações de fazer

Em relação às prestações de fazer, recebida a inicial e adotadas as providências acima apontadas, será o executado citado para, no prazo designado pelo juiz ou fixado no título, cumprir a obrigação (art. 815 do CPC).

Sublinhe-se novamente que o credor pode optar por renunciar à aplicação da multa coercitiva como técnica adequada à satisfação de sua obrigação. Ou pode o juiz perceber que a técnica coercitiva é inadequada ou insuficiente, partindo então para a aplicação de outras técnicas executivas.

Assim, não satisfeita a prestação no prazo estipulado, e diante do insucesso da multa coercitiva ou do seu não emprego, a pedido do credor, o procedimento prossegue, conforme a espécie de prestação de fazer em questão, de duas formas distintas:

a) Tratando-se de prestação de fazer *infungível*, ou porque o fato efetivamente não pode ser prestado por terceiro, ou porque as partes convencionaram que a prestação deveria ser realizada especificamente pelo requerido, não há como suprir a omissão do devedor. Embora o credor possa insistir no uso da multa coercitiva, esta eventualmente pode não ser capaz de convencer o devedor a adimplir. Porque o fato só pode ser prestado por ele, a não satisfação voluntária da prestação redunda na sua conversão em perdas e danos (arts. 816, *in fine*, e 821, parágrafo único, do CPC e 247 do CC).

Haverá, então, a liquidação das perdas e danos – nos mesmos autos do processo de execução –, seguindo-se a partir daí a execução por quantia certa, nos moldes já examinados (arts. 816, parágrafo único, e 821, parágrafo único, do CPC).

b) No caso de prestação de fazer *fungível*, não cumprida a obrigação no prazo estipulado pelo título ou pelo juiz, poderá o credor requerer a realização da prestação por

terceiro ou a sua conversão em perdas e danos.

Se o credor pedir a conversão da obrigação em perdas e danos, a prestação será transformada em seu equivalente pecuniário, realizando-se a sua liquidação e execução nos mesmos autos da execução inicialmente proposta (art. 816, parágrafo único, do CPC). Segue-se, a partir daí, o regime comum do processo de execução por quantia certa.

Se o credor preferir que a prestação seja executada por terceiro, determinará o juiz que assim se proceda à custa do executado (art. 817 do CPC).[45] Esta opção sempre depende de requerimento expresso do exequente. Pleiteada esta forma de execução, o juiz, entendendo-a cabível, nomeará terceiro da sua confiança, que apresentará proposta para a realização do fato.[46] Havendo impugnação à proposta por qualquer das partes, deverá o juiz decidir a questão de plano. Ouvidas as partes e aprovada a proposta, dará o terceiro início à execução da prestação, cabendo ao credor antecipar as quantias necessárias (art. 817, parágrafo único, do CPC).

Deve-se criticar a opção do Código em manter o sistema do Código de Processo Civil de 1973 de obrigar o exequente a antecipar as despesas previstas na proposta aprovada. Afinal, o credor já foi prejudicado pelo não adimplemento do devedor; provavelmente já cumpriu todas as prestações que lhe competiam no contrato firmado; e ainda assim terá de antecipar as despesas do terceiro, que poderão ainda redundar em prestação insuficiente e incompleta. Melhor teria sido que se impusesse ao devedor esse dever. Todavia, não foi esta a opção expressa do texto legal.

Concluída a prestação, o juiz ouvirá as partes no prazo de dez dias, as quais poderão apontar eventual defeito na realização da prestação. Não havendo qualquer alegação, o juiz dará por cumprida a obrigação. Caso contrário, decidirá imediatamente a impugnação (art. 818 do CPC). Nesta hipótese, não tendo o terceiro prestado o fato no prazo, ou havendo cumprimento incompleto ou defeituoso, poderá o credor pedir ao juiz, no prazo de quinze dias, que o autorize a concluir ou a reparar o fato devido às expensas do executado (art. 819).[47] Ouvido o executado em quinze dias, o juiz determinará a apuração do custo necessário para a conclusão ou para a reparação do fato, condenando este devedor no respectivo valor (art. 819, parágrafo único, do CPC).

Ao final, ultimadas as providências para a prestação de fazer buscada, caberá ao credor cobrar do devedor as despesas que teve com a realização da prestação, realizando a liquidação e requerendo a execução por quantia certa, tudo nos mesmos autos originais.

Poderá ainda o credor, uma vez apresentada a proposta do terceiro, manifestar seu interesse em executar (ou mandar executar) a prestação do fato por sua própria conta, desde que o faça em igualdade de condições com a proposta oferecida (art. 820 do CPC). Feito o pedido, no prazo de cinco dias contado da aprovação da proposta do terceiro, o credor terá preferência sobre este (art. 820, parágrafo único, do CPC). Concluída a prestação, terá o credor execução por quantia certa contra o devedor, pelo valor das

despesas havidas.

Quanto à defesa do executado, este poderá opor-se à execução por meio de embargos, que tramitarão segundo o mesmo regime acima estudado. Assim, poderá o devedor apresentar embargos à execução, alegando qualquer dos temas do art. 917 do CPC. Como é regra geral, os embargos não suspendem a execução, embora o juiz esteja autorizado a conferir-lhes efeito suspensivo, desde que presentes os requisitos do art. 919, § 1.º.

1.5.3. Prestações de não fazer

Do ponto de vista estrito, o Código de Processo Civil não oferece remédio específico para as prestações de não fazer previstas em títulos extrajudiciais. Na verdade, o regime disciplinado nos arts. 822 e 823 trata da "efetivação" das *obrigações de desfazer*, que certamente não se confundem com as obrigações de não fazer.

As prestações de não fazer são, em sua própria essência, de cunho personalíssimo, e, portanto, infungíveis. A sua intenção será sempre a de impedir alguém de praticar certa conduta, não se concebendo a sub-rogação de terceiro. Em razão disto, é necessário dotar o sistema processual de técnicas executivas capazes de agir sobre a vontade do devedor de obrigação de não fazer contemplada em título extrajudicial. Porém, não é isto que faz o Código de Processo Civil ao tratar da execução das obrigações de não fazer. Ao contrário, a Seção (chamada *Da obrigação de não fazer*) que deveria regular a execução das obrigações de não fazer, curiosamente, se ocupa de forma especial de prestação de fazer, certamente imaginando que a execução de obrigação de não fazer deve ser uma execução de obrigação de desfazer – que nada mais é do que uma obrigação de fazer.

Portanto, a única técnica executiva – disciplinada no sistema executivo relativo aos títulos extrajudiciais – capaz de permitir a execução das obrigações de não fazer é a multa coercitiva prevista no art. 814 do CPC. As medidas previstas nos arts. 822 e 823, logicamente, tratam de outra coisa.

Assim, ao receber a petição inicial, deverá o juiz imediatamente fixar a multa coercitiva, salvo se o credor expressamente pretender a conversão da obrigação em perdas e danos. Note-se que o art. 814, embora preveja a aplicação da multa "na execução de obrigação de fazer e de não fazer, fundada em título extrajudicial", diz que o juiz, ao despachar a inicial, "fixará multa *por período de atraso no cumprimento* da obrigação e a data a partir da qual será devida". Ora, a multa periódica por atraso, tal como prevista no art. 814, além de ter sentido em relação às obrigações de fazer, é perfeitamente aplicável às obrigações de desfazer – logicamente que quando o desfazer ainda é possível –, mas não tem qualquer efetividade diante de obrigações de *não fazer*, cuja violação é sempre instantânea, ainda que elas possam ser repetidas no tempo. Para se executar uma obrigação de não fazer de caráter instantâneo, a multa tem que ser definida em valor fixo, para a eventualidade do inadimplemento. Ou melhor, a multa deve ser imposta com a

finalidade de constranger o devedor a não praticar a conduta a que se absteve no título extrajudicial. A multa por período *de atraso* revela, em si mesma, a aceitação do inadimplemento do não fazer e apenas a tentativa de constranger o devedor a desfazer o que não deveria ter feito.

De qualquer forma, como o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (art. 5.º, XXXV, da CF) obriga o juiz a ver e a suprir a ausência de técnica executiva adequada, a interpretação do art. 814 permite a imposição de multa, de modo a constranger o devedor a cumprir obrigação de não fazer de natureza instantânea. Portanto, neste caso o devedor deve ser citado para não fazer, sob pena da incidência de uma única multa, cujo valor, fixado no momento da determinação da citação, deve ser capaz de convencê-lo a não fazer a conduta que se pretende inibir.

O mandado de citação deve conter a advertência de que a violação da obrigação de não fazer sujeitará o devedor à multa nele fixada, a par de outras medidas cabíveis, como o desfazimento de obra. Cumprida a ordem de abstenção, será o feito extinto. Note-se, porém, que o título executivo, além de conter prestação de não fazer de caráter instantâneo, pode prever prestação de não fazer de natureza continuada, ou prestações instantâneas de não fazer que se repetirão no tempo, como, por exemplo, o não exercício de atividade comercial no mesmo ramo de comércio do credor em determinada zona da cidade, ou a não utilização de determinado expediente em ocasiões previamente estabelecidas no contrato. Nestas duas últimas situações, enquanto for exigível a abstenção, não poderá o juiz extinguir a execução. Deverá, quando muito, determinar que os autos fiquem arquivados, aguardando a perda de objeto da execução.

Não cumprida a ordem de não fazer, a par da incidência da multa, poderá o credor pedir ao juiz – se isto for viável – que determine ao executado que desfaça o que não deveria ter realizado. Descumprida esta outra decisão judicial, poderá o juiz determinar que o fato seja desfeito por terceiro à custa do devedor, seguindo-se o regime previsto para a execução das obrigações de fazer, respondendo ainda o réu por perdas e danos (arts. 823 do CPC e 251 do CC). Sendo impossível o desfazimento, ou não havendo mais interesse do credor, a obrigação converter-se-á em perdas e danos, seguindo-se liquidação e execução nos mesmos autos, na forma prevista para a execução de quantia certa (art. 823, parágrafo único, do CPC).

Também na execução de prestações de não fazer, o devedor poderá opor-se por meio de embargos à execução. Citado, terá o prazo de quinze dias para apresentá-los, na forma do que se verá adiante.

1.5.4. Prestações de entrega de coisa

Quanto ao tratamento dado às prestações de entrega de coisa, representadas por título extrajudicial, importa saber, de início, se o bem a ser entregue é determinado ou não (certo ou incerto, na nomenclatura utilizada pelo Código Civil e pelo Código de Processo

Civil). Embora possa parecer preciosismo, importa deixar claro que a ideia de determinabilidade da coisa não se confunde com a de fungibilidade do bem.

Segundo o art. 85 do CC, são fungíveis os bens móveis que podem ser substituídos por outros, da mesma espécie, qualidade e quantidade. Há aí relação de equivalência econômica, de modo que qualquer dos bens pertencentes à mesma categoria é apto a satisfazer a prestação.[48] No caso de bens fungíveis, pouco importa o bem dado em pagamento, já que todos têm as mesmas características e o mesmo valor econômico.

Já a questão da determinação da coisa tem em vista sua delimitação a partir de um gênero e quantidade, de modo que, no presente ou no futuro, seja possível especificar com exatidão o bem devido.[49] Os bens determinados (certos) são, de antemão, individualizados para entrega como objeto da obrigação, enquanto os bens indeterminados são escolhidos ao tempo do adimplemento a partir de determinadas categorias, como o gênero e a quantidade. Os bens indeterminados (coisas incertas) possuem um valor médio, mas variável singularmente. Por isto mesmo, no caso de coisas determináveis, não poderá o devedor "dar a coisa pior, nem será obrigado a prestar a melhor" (art. 244 do CC).

Melhor explicando: quando a coisa devida é fungível, não há motivo para individualizá-la, bastando ser entregue outra "da mesma espécie, qualidade e quantidade". Porém, a coisa incerta não pode ser *substituída por outra* "da mesma espécie, qualidade e quantidade", devendo ser *individualizada a partir* de uma quantidade, de um gênero e de determinada qualidade.

A caracterização da coisa como determinada ou indeterminada (certa ou incerta) traz reflexos no procedimento utilizado para a execução, especialmente porque, no segundo caso, há a necessidade de prévia especificação do bem a ser entregue.

a) Tratando-se de execução de entrega de *coisa certa* (determinada), o juiz poderá, ao receber a inicial, fixar multa coercitiva a fim de estimular o executado a cumprir a obrigação assumida (art. 806, § 1.º, do CPC). A par disso, será o executado citado para que promova a entrega do bem no prazo de quinze dias (art. 806, do CPC). Soa estranho que o Código de Processo Civil preveja, no art. 806, § 2.º, que "do mandado de citação constará ordem para imissão na posse ou busca e apreensão, conforme se tratar de bem imóvel ou móvel, cujo cumprimento se dará de imediato, se o executado não satisfizer a obrigação no prazo que lhe foi designado". Afinal, se o cumprimento é realizado imediatamente após o prazo para adimplemento voluntário, por medida sub-rogatória, não se explica a função coercitiva da multa, já que não há mais vontade a ser demovida. De todo modo, a única interpretação viável para essa combinação de técnicas é aquela que põe o juiz diante de uma opção prévia: tratando-se de bem que pode ser facilmente localizável e que tenha, na imissão de posse ou na busca e apreensão, expedita e adequada forma de proteção, então deve-se preferir a alternativa do art. 806, § 2.º, do CPC; porém, sempre que o magistrado entender que esse mecanismo é insuficiente ou inadequado – ou pela suspeita de que o bem seja ocultado, ou por qualquer outra razão –

então deverá impor *ao réu* a entrega de coisa, ameaçando-lhe com a multa coercitiva a que alude o art. 806, § 1.º, do Código. Sob outro viés, como já se disse antes, pode também o credor optar, na inicial, pela técnica que entende mais adequada e efetiva, renunciando, se entender útil, à multa coercitiva nesse caso.

Se o executado cumprir a obrigação, entregando o bem exigido, extingue-se a execução, não se cogitando da exigibilidade da multa ou de outra medida de indução ou de sub-rogação. Mas a execução poderá prosseguir em relação a eventuais frutos e danos (art. 807 do CPC).

Recorde-se que no modelo atual, os embargos à execução não exigem o prévio depósito da coisa, mas o efeito suspensivo apenas pode ser requerido após o depósito da coisa. Por isso, não é necessário, para o oferecimento dos embargos do executado, que ele exiba a coisa objeto do litígio. Todavia, para que possa requerer a concessão de efeito suspensivo a estes embargos, deve depositar o bem litigioso, além de preencher os demais requisitos para a concessão de tutela provisória (art. 919, § 1º).

Estes embargos podem ser opostos no prazo de quinze dias, contado da forma comum (art. 915 do CPC), ainda que não se aplique, aqui, o prazo em dobro previsto para os litisconsortes (art. 915, § 3.º), contando-se para cada um dos litisconsortes, o prazo de forma autônoma, a partir da juntada aos autos de seu instrumento citatório, à exceção dos cônjuges ou companheiros (art. 915, § 1.º).

Salvo quando for atribuído efeito suspensivo aos embargos, o seu oferecimento não obsta o prosseguimento da execução. Por isso, depositado o bem, nada impede que o exequente solicite o seu levantamento, prosseguindo a discussão apenas para a solução dos embargos à execução.

Independentemente da oposição dos embargos, é de se ver que a obrigação de entrega de coisa, normalmente, atrela-se a algum direito real sobre ela. Por isso, logicamente, pode ocorrer que terceiros sejam afetados pela ordem de entrega da coisa, ainda que não sejam partes na relação jurídica que dá base à formação do título. Especialmente quando já litigiosa a coisa, certamente a condição de terceiro passa a ser totalmente irrelevante para o processo. Por isso, nesses casos, o mandado será expedido contra o terceiro adquirente, que apenas será ouvido após depositá-la (art. 808, do CPC).

Quando a coisa não for entregue pelo devedor, tiver se deteriorado, desaparecido ou, estando em poder de terceiro adquirente, não for reclamada pelo credor, terá este o direito de receber o valor em dinheiro equivalente ao da coisa, mais perdas e danos (art. 809 do CPC). Não sendo possível apurar o valor devido, poderá o juiz arbitrá-lo por equidade ou determinar sua liquidação, nas formas regulares (art. 809, §§ 1.º e 2.º, do CPC). A liquidação e a execução destes valores ocorrerão no próprio processo original.

Embora o art. 808 afirme que, uma vez alienada a coisa quando litigiosa, “será

expedido mandado contra o terceiro adquirente", o art. 809 evidencia que o credor não é obrigado a requerer a expedição de mandado contra este terceiro, podendo optar por exigir do devedor o valor equivalente ao da coisa, mais perdas e danos. Ou seja, o credor tem uma *opção* entre se voltar contra o terceiro adquirente ou contra o devedor, que obviamente não pode exigir que o credor se dirija contra o terceiro adquirente.

Por outro lado, diante do direito de retenção por benfeitorias, o devedor de boa-fé (ou o terceiro de boa-fé que esteja na posse do bem) só terá de entregar a coisa depois de indenizado das benfeitorias necessárias e úteis que houver realizado.[50] Por isso, é condição da execução – que não será iniciada sem a prova deste fato (art. 810 do CPC) – a prévia liquidação das benfeitorias indenizáveis. Não promovida a liquidação (e o depósito, se necessário, do valor correspondente), pode o devedor alegar, em embargos à execução, direito de retenção por benfeitorias (art. 917, IV, do CPC).

O embargado pode alegar que o embargante deve ressarcimento por danos e frutos, pedindo a compensação deste valor com o das benfeitorias, cumprindo ao juiz nomear perito para a apuração dos respectivos valores (arts. 917, § 5.º, do CPC e 1.221 do CC). Havendo crédito em favor do devedor, o credor deverá depositar a diferença. Restando saldo em favor do credor, a importância poderá ser exigida nos mesmos autos da execução (art. 810, parágrafo único, do CPC).[51] Efetuado o depósito da quantia devida pelas benfeitorias indenizáveis não compensadas – ou prestando caução suficiente para tanto –, poderá o credor ser imediatamente imitido na posse do bem (art. 917, § 6.º, do CPC), salvo quando houver sido invocado outro fundamento nos embargos à execução e, em razão dele, houver sido outorgado efeito suspensivo.

b) Quando a obrigação envolver a entrega de coisa incerta, deverá haver a prévia determinação do bem a ser entregue. Esta determinação pode competir ao credor ou ao devedor. Não havendo previsão no título, a escolha caberá ao devedor (art. 244 do CC).

Se a escolha couber ao credor, este manifestará sua decisão na petição inicial, seguindo-se o procedimento acima estudado para a entrega de coisa certa (art. 811, segunda parte, do CPC). Citado o réu, terá ele o prazo de quinze dias para impugnar a escolha do autor e para promover a entrega do bem. Apresentada impugnação à escolha do bem, caberá ao juiz decidir a questão de plano, ou, se necessário, após ouvir perito de sua confiança (art. 812 do CPC). Neste caso, enquanto pende de solução o problema da determinação do bem, ficará sobrestado o prazo de quinze dias para o cumprimento da obrigação.

Se, porém, a determinação competir ao devedor, será ele citado para entregar o bem individualizado (art. 811, primeira parte, do CPC). Também aqui poderá o credor impugnar a escolha feita pelo devedor, no prazo de quinze dias contado da entrega do bem. Impugnada a eleição do bem, deverá o juiz decidir imediatamente a recusa, se necessário com apoio de perito de sua confiança.

Caso o sujeito a quem competia realizar a escolha não o faça na forma acima verificada, devolve-se à outra parte o direito de especificação do bem. Assim, se o credor deixa de fazer, na inicial, a indicação do bem, passará ao devedor o direito de escolha, que não poderá recair no pior (art. 244 do CC). Se o devedor deixar de exercer o seu direito de escolha, não entregando nem depositando o bem devido, terá o credor a possibilidade de escolhê-lo, sem que possa exigir o melhor (art. 244 do CC).

No mais, segue-se o regime da execução para entrega de coisa certa, com a observação de que a perda ou a deterioração da coisa, antes de efetuada a escolha, é irrelevante, mesmo quando oriunda de força maior ou caso fortuito (art. 246 do CC).

1.6. A execução contra a Fazenda Pública fundada em título extrajudicial

No passado, diante do Código de Processo Civil de 1973, discutiu-se a possibilidade de a execução contra a Fazenda Pública[52] poder fundar-se em títulos extrajudiciais. As prerrogativas do Poder Público, durante muito tempo, fizeram com que houvesse dúvida quanto a essa possibilidade e, especialmente, sobre o regime que deveria reger eventual execução assim ajuizada.

O tema, porém, foi pacificado a partir da edição da Súmula 279 do STJ,[53] que explicitamente reconheceu a viabilidade de sujeitar a Fazenda Pública a processos de execução fundados em títulos extrajudiciais. A questão, porém, é saber a que regime se sujeita essa execução.

O tema é tratado no art. 910 do CPC, que apresenta pouquíssimas variações de procedimento em relação às execuções tradicionais. Basicamente, o que prevê o dispositivo é um prazo diferenciado para a defesa (embargos à execução) da Fazenda Pública e a imposição da forma constitucional de realização de créditos a serem exigidos do Poder Público (art. 100 da CF). Tirante isso, o regime aqui não diverge em nada do regime tradicional.

Observe-se, porém, que, tendo em vista que a forma peculiar de pagamentos das dívidas públicas só se refere a prestações de *pagar quantia*, essa modalidade própria de execução só se aplica para prestações pecuniárias. Por isso, as prestações de fazer, não fazer e entregar coisa, devidas pela Fazenda Pública, sujeitam-se à forma comum de execução, antes estudada.[54]

Na execução pecuniária ajuizada contra a Fazenda Pública, o processo, como ocorre com as demais execuções, inicia-se por petição inicial comum, nos termos antes estudados. Deverá acompanhar a inicial demonstrativo discriminado do débito, que observará o contido no art. 534 do CPC. Se a petição inicial contiver defeitos ou não estiver acompanhada dos documentos indispensáveis à propositura da demanda, deverá o magistrado facultar a emenda à inicial, sob pena de indeferimento. Se estiver em ordem, será a Fazenda Pública citada, para opor embargos à execução, no prazo de trinta dias

(art. 910 do CPC).

O regime de indisponibilidade do patrimônio público impõe duas consequências: (a) a Fazenda Pública não é citada para pagar a dívida objeto da execução; (b) oferece-se ao Poder Público a prerrogativa de se defender (ainda que por meio da ação autônoma de embargos à execução) antes da prática de qualquer ato efetivamente executivo.

Os embargos à execução da Fazenda Pública também se sujeitam, de modo genérico, ao regime comum, podendo discutir qualquer questão que pudesse ser suscitada em processo de conhecimento (art. 910, § 2.º). A única grande diferença desses embargos em relação aos demais é o efeito suspensivo automático dessa demanda em relação à execução. Recorde-se que no regime geral, os embargos à execução não paralisam o curso do processo executivo, salvo em hipóteses excepcionais (art. 919 do CPC). Em relação à execução movida contra a Fazenda Pública, porém, o regime é diverso. Isso porque, nos termos do art. 100, § 5.º, da CF, é condição para a inscrição do débito nos orçamentos a existência de sentença transitada em julgado. Assim, atento a esse comando, diz o art. 910, § 1.º, do CPC, que "não opostos embargos ou *transitada em julgado a decisão que os rejeitar*, expedir-se-á precatório ou requisição de pequeno valor em favor do exequente, observando-se o disposto no art. 100 da Constituição Federal".

Desse modo, em face desse preceito, o simples oferecimento de embargos à execução pelo Poder Público já é suficiente para ensejar a vedação à expedição do precatório de imediato. Oferecidos esses embargos, somente depois de definitivamente julgados, por sentença transitada em julgado, é que será expedido o competente precatório requisitório ou a requisição de pequeno valor.

Em conta de tudo isso, citada a Fazenda Pública, abre-se para ela duas possibilidades: ou deixa de embargar, caso em que o magistrado deve determinar a imediata expedição do precatório ou da requisição de pequeno valor, conforme o caso; ou, optando por embargar, isso, por si só, gera automaticamente a paralisação da execução, de modo que só se expedirá o precatório requisitório ou a requisição de pequeno valor depois de transitada em julgado a sentença que rejeita os embargos. Obviamente, acolhidos os embargos, se eles implicarem a inviabilização da execução, será esta extinta; se desse julgamento resultar a necessidade de revisar os elementos da dívida ou do título, somente depois dessa correção é que poderá ser expedido o precatório ou a requisição de pequeno valor.

No mais, essa execução sujeita-se aos limites já examinados quando se estudou a execução de sentença contra o Poder Público, não havendo outras questões relevantes a serem indicadas.

1.7. A execução de prestação alimentícia fundada em título extrajudicial

A prestação alimentícia, também como já visto anteriormente, reveste-se de várias

peculiaridades. No que interessa ao processo civil, sobressai a urgência com que deve ser atendida a pretensão alimentar, dado o seu caráter indispensável à satisfação das necessidades básicas do ser humano. Também em vista dessa essencialidade, o processo civil reage de forma mais veemente ao descumprimento do dever de prestação alimentar, dotando o credor de instrumentos muito mais agressivos para a realização pronta e efetiva de seu crédito.

Como se viu quando da análise do rito do cumprimento de decisão judicial que fixa alimentos, a tendência do Código e também da jurisprudência é no sentido de limitar o emprego desses mecanismos mais contundentes aos alimentos legítimos, ou seja, fundados em relação familiar, excluindo-se desse campo os alimentos indenizativos. Para estes últimos, reserva-se aparentemente forma específica de satisfação, prevista no art. 533 do CPC. Também para os títulos extrajudiciais, essa tendência se verifica.

Porém, como também observado, não há nenhuma razão para essa distinção, especialmente porque ela supõe que haja graus diferentes de "necessidade" dos alimentos em razão da sua origem. Todavia, essa suposição facilmente se desfaz, quando se nota que os alimentos indenizativos – fundados em ato ilícito – comumente decorrem do fato de ter, o ato ilícito, deixado a vítima inválida ou prejudicada em sua capacidade de sustentar-se por sua própria conta. Segue daí a constatação de que os alimentos indenizativos, indiscutivelmente, estarão revestidos dessa "necessidade" intrínseca, a exigir do processo civil uma reação mais marcante. Infelizmente, não tem sido essa a percepção do legislador, que ainda insiste na diferenciação mencionada.

De toda sorte, e feita essa ressalva, em termos procedimentais, a execução de alimentos fundada em título extrajudicial não difere, praticamente em nada, da efetivação de sentença que impõe esse tipo de prestação. A não ser pelas peculiaridades inerentes à necessidade de formação de um novo processo, o regime de efetivação dessa prestação – fundada em título judicial ou extrajudicial – é basicamente o mesmo.

Assim, o processo se inicia por petição inicial, que deve observar os requisitos gerais e deve estar acompanhada do demonstrativo do débito, devidamente discriminado e atualizado. Pode o exequente, nesse momento, optar pelo regime próprio de execução de alimentos (art. 911 e ss.) ou pelo procedimento tradicional, consistente na penhora e expropriação de bens (art. 824 e ss.). Caso prefira esta última alternativa – a execução tradicional de créditos – a lei impõe uma única diferença fundamental, consistente no fato de que "recaindo a penhora em dinheiro, a concessão de efeito suspensivo aos embargos à execução não obsta a que o exequente levante mensalmente a importância da prestação" (art. 913 do CPC).

Do contrário, optando pelo regime especial, e não sendo o caso de emenda à inicial, admitida a tramitação do feito, o executado será citado para efetuar, no prazo de três dias, o pagamento das parcelas vencidas (até o ajuizamento da demanda), provar que já o fez ou justificar a impossibilidade momentânea de adimpli-las.[55] A citação também comunicará

o réu de que deverá proceder ao pagamento das prestações que vencerem no curso do processo, a partir de quando se tornarem exigíveis (art. 911, do CPC).

Assim, o rito especial da execução de alimentos prevê um *contraditório limitado* dentro do próprio procedimento, exatamente em razão da gravidade das sanções que podem ser empregadas na sequência.

Caso não aceita a justificativa da impossibilidade do pagamento, ou a prova do suposto pagamento efetuado, têm início os meios próprios da realização do crédito alimentar.

Quando a dívida objeto da execução referir-se apenas às três ultimas parcelas, poderá o credor requerer que o pagamento se faça sob ameaça de prisão civil do executado, nos mesmos termos em que se dá o cumprimento de sentença referente a prestação alimentar (art. 528, § 3.º). Essa prisão já foi examinada anteriormente, não havendo nenhuma particularidade em relação à execução de títulos extrajudiciais.

Nos demais casos, os meios disponíveis ao exequente são, ao lado da execução tradicional, a efetivação por desconto em folha de pagamento ou em renda. Optando pelo desconto em folha, deve o juiz, ao admitir a inicial, oficiar "à autoridade, à empresa ou ao empregador, determinando, sob pena de crime de desobediência, o desconto a partir da primeira remuneração posterior do executado, a contar do protocolo do ofício" (art. 912, § 1.º). Esse ofício deve indicar, ademais dos dados das partes do processo, o valor a ser descontado, a conta onde deverá ser realizado o respectivo depósito e, se for o caso, a duração do desconto (art. 912, § 2.º).

A opção pelo desconto em renda, embora não prevista para o rito da execução de título extrajudicial, deve aqui ser admitida, mesmo porque seu regime é basicamente idêntico ao do desconto em folha, de modo a não implicar qualquer maior gravame ao executado. Por isso, caso o devedor aufira renda – de bens ou de outra fonte – pode o valor da dívida ser deduzida desta, nos termos do art. 529, § 3.º, do CPC, já estudado.

Independentemente das providências executivas acima examinadas, citado o réu também se abre para ele a oportunidade de opor embargos à execução, no prazo de quinze dias. Tais embargos regem-se pelas regras comuns, não havendo nada de especial em sua tramitação a não ser a advertência antes feita, no sentido de que, quando a execução tramita pelo regime comum (e não pelo especial) e for penhorado dinheiro, a concessão de efeito suspensivo aos embargos não impede que o credor levante periodicamente o valor da prestação alimentícia (art. 913).

1.8. Os embargos à execução

1.8.1 Introdução

Conforme antes sublinhado, o processo de execução foi pensado para não ter cognição

sobre o crédito exigido em seu bojo, mas apenas para realizar direito já reconhecido. O título executivo faz presumir a existência do direito, não tendo o seu titular a necessidade de demonstrar ao juiz a existência do direito antes de requerer a sua realização ou a execução. Porém, a presunção resultante do título executivo é relativa, de forma que é possível que se venha a demonstrar a inexistência do direito. Entretanto, esta demonstração não se insere na função do processo de execução, devendo ser feita em outra sede.

A defesa do executado não pode, em princípio, ser feita no processo de execução, mas sim em processo de conhecimento, autônomo em relação ao processo de execução, mas incidente sobre o seu curso. Embora se autorize – de forma excepcional – a dedução de algumas defesas dentro do próprio processo de execução, o princípio geral de que o processo executivo se presta para a realização do direito e não para a sua discussão e reconhecimento permanece íntegro. A verdadeira via de defesa do executado, nas execuções de títulos extrajudiciais, é o processo de conhecimento autônomo e incidente ao processo de execução, a que a lei denomina de *embargos à execução*.

A rigor, a expressão "embargos" serve para qualificar instrumentos distintos, incidentes sobre momentos diversos da execução,[56] que sempre têm o objetivo de oportunizar a alguém a defesa dos seus interesses, opondo-se às consequências de certa decisão judicial. Assim, alude-se aos embargos à execução (art. 914 e ss. do CPC) e aos embargos por retenção de benfeitorias (art. 917, IV e §§ 5.º e 6.º, do CPC), por exemplo. As características destas figuras são, basicamente, as mesmas, variando o seu cabimento e algumas questões procedimentais.

Em todos estes casos, porém, a defesa do executado não se dá através de instrumentos de simples resistência – como é a impugnação à execução de títulos judiciais ou a contestação no processo de conhecimento. O executado se protege da execução *atacando-a*, por processo próprio, seja por aspectos viciados de seu procedimento, seja por defeitos do título apresentado, seja ainda sustentando a insubsistência do crédito afirmado pelo exequente. Assim, a defesa se faz por via de *ação*, objeto de processo próprio, movida pelo devedor em face do credor.

Por se tratar de uma demanda de conhecimento, aplicam-se aqui, salvo regra específica em sentido contrário, os preceitos que disciplinam esse tipo de processo, ainda que haja aspectos próprios, a serem adiante examinados. Tomar-se-á como paradigma o regime dos embargos à execução, já que os embargos de retenção seguem, subsidiariamente, a disciplina prevista para aqueles.

1.8.2. Requisitos de admissibilidade dos embargos à execução

O cabimento dos embargos à execução está condicionado ao preenchimento de certas condições específicas, que se somam à necessidade de se atender às condições da ação e aos pressupostos processuais exigíveis para a admissão de qualquer ação e processo.

Deverá, então, o embargante apresentar petição inicial que considere todos estes requisitos.

Em relação à legitimidade para a causa, há uma advertência a ser feita. A dicção do art. 914 do CPC poderia levar à conclusão de que somente o executado, ou seja, aquele que é citado dos termos da execução, possui legitimidade para apresentar embargos à execução. Mas, na realidade, não é assim.

Além do devedor, é legitimado a apresentar embargos à execução – no caso de penhora de imóveis – o seu cônjuge, quando tenha a intenção de discutir o processo de execução ou vícios do título ou do crédito apresentados pelo credor. Outrossim, aquele que, sem figurar como executado, tem seus bens penhorados na execução por incidir sobre eles a responsabilidade patrimonial, como é o caso do responsável tributário ou, eventualmente, do sócio (art. 790, do CPC), também possui legitimidade para apresentar embargos à execução.[57]

No polo passivo dos embargos à execução estará o credor que propôs a ação de execução.

Em regra, não se admite intervenção de terceiros nos embargos à execução, com exceção da assistência. Assim ocorre porque, se na execução não se admite outra forma de intervenção e os embargos prendem-se umbilicalmente ao processo de execução, só existindo para permitir a discussão do crédito ostentado na execução, deve haver paralelo entre as intervenções admitidas em um e outro processo.

No que se refere aos pressupostos específicos para o oferecimento de embargos à execução, deve-se considerar o seguinte:

a) os embargos à execução possuem prazo próprio para serem deduzidos. De acordo com o art. 915, deverão ser opostos no prazo de quinze dias, contado a partir da data da juntada aos autos do instrumento citatório (ou, de modo mais geral, na forma do art. 231 do CPC), devidamente cumprido. Havendo vários executados, como prevê o art. 915, § 1.º, do CPC, o prazo será autônomo para cada um deles, contado a partir da juntada aos autos de cada instrumento de citação, não se aplicando aqui o incremento do art. 229 (art. 915, § 3.º). Se o litisconsórcio for formado por cônjuges, o prazo para ambos será contado a partir da juntada aos autos do último instrumento de citação (art. 915, § 1.º), também não se aplicando a duplicação de prazos.

No caso de citação por via de carta precatória, diz o art. 915, § 2.º, que o prazo para os embargos deve contar-se da juntada, na carta, da prova da citação, quando os embargos versarem apenas sobre questões referentes à penhora, à avaliação ou à alienação dos bens; mas que deva contar-se da juntada, nos autos de origem, da comunicação de que o executado foi citado,[58] ou, se não existir esse comunicado, da juntada da carta precatória cumprida, quando os embargos versarem sobre outros

assuntos. A opção do Código de Processo Civil de 2015, portanto, reaviva antiga discussão que havia em relação ao prazo para embargar, relacionando-o ao conteúdo da discussão posta nessa demanda. A solução é criticável, porque complica, desnecessariamente, o controle do prazo para a oposição dos embargos, e ainda exige redobrada cautela do advogado.

De toda sorte, não bastasse esse problema, observa-se que o preceito diz menos do que deveria. Isso porque a sua leitura dá a falsa impressão de que o termo inicial do prazo se dá à vista, abstratamente, da questão discutida nos embargos (se a discussão versar apenas sobre penhora, avaliação ou alienação, o termo inicial será um, enquanto nos demais casos, será outro). Na realidade, não deve ser essa a interpretação correta. A distinção feita no dispositivo só tem sentido se ela se apoiar *na origem do ato praticado e discutido nos embargos*. Por outras palavras, o termo inicial do prazo para embargos deve ser computado a partir da juntada *nos autos da carta precatória* da certidão de citação, sempre que a discussão dos embargos se limitar a atos praticados pelo *juiz deprecado*. Quando o debate dos embargos atacar atos praticados pelo juiz deprecante ou por este e pelo deprecado, então o prazo para embargos deve ser computado na forma do art. 915, § 2.º, II, ou seja, "da juntada, nos autos de origem, do comunicado de que trata o § 4.º deste artigo ou, não havendo este, da juntada da carta devidamente cumprida, quando versarem sobre questões diversas da prevista no inciso I deste parágrafo".

b) o oferecimento dos embargos à execução não exige a prévia segurança do juízo, ou seja, não é necessário que a execução esteja garantida por penhora, depósito ou caução para que seja cabível essa ação. Na redação original do Código anterior, havia essa exigência, mesmo porque, naquela época, o oferecimento dos embargos gerava automaticamente a suspensão da execução. No direito vigente, porém, como se sabe, a simples oposição dos embargos à execução não paralisa o curso da execução.

Por isso também é natural que a segurança do juízo – que pode ocorrer por penhora, depósito ou caução suficientes – deixe de ser requisito para a dedução desta ação, passando a ser apenas pressuposto para a outorga de efeito suspensivo a estes embargos (art. 919, § 1.º, do CPC). Ou seja, no regime atual, o executado pode opor embargos à execução independentemente da penhora de seus bens. Porém, só poderá pleitear a atribuição de efeito suspensivo aos embargos – de modo a paralisar a execução enquanto discute o direito demandado – quando o juízo estiver garantido por penhora, depósito ou caução suficientes.

Em casos excepcionais, porém, poderá o juiz conceder efeito suspensivo aos embargos mesmo que o juízo não esteja seguro. Poderá haver situação em que, de pronto, verifique-se a inviabilidade do prosseguimento da execução, ou ainda surgir caso em que o executado não disponha de patrimônio suficiente para garantir o juízo, embora aparente razão nas alegações oferecidas nos embargos. Em que pese a referência expressa à garantia prévia para a atribuição do efeito suspensivo, não se pode outorgar à penhora, ao

depósito e à caução o valor de *condição insuperável* para a suspensão da execução. Esta condição deve ser superada quando a inviabilidade da execução for *demonstrável de plano, não dando margem à dúvida*. De outra parte, é possível que o executado não tenha dinheiro para fazer depósito ou prestar caução suficientes e o seu bem penhorável não seja capaz de garantir o juízo. Nesta situação, presentes os outros requisitos para a concessão do efeito suspensivo (art. 919, § 1.º) *e demonstrada a insuficiência patrimonial do executado*, *excepcionalmente* poderá o juiz determinar a suspensão da execução.

c) a matéria alegável nos embargos à execução é definida no Código de Processo Civil. Segundo o art. 917, o executado pode apenas alegar: "I – inexequibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação; II – penhora incorreta ou avaliação errônea; III – excesso de execução ou cumulação indevida de execuções; IV – retenção por benfeitorias necessárias ou úteis, nos casos de execução para entrega de coisa certa; V – incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução; VI – qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento".

Três advertências merecem ser feitas nesse particular.

Em primeiro lugar, caso o embargante pretenda alegar excesso de execução, deverá de imediato indicar o valor que entende efetivamente devido, apresentando a discriminação do cálculo procedido, sob pena de rejeição liminar dos embargos ou do não conhecimento deste fundamento, se estiver cumulado com outro (art. 917, § 3.º, do CPC). De acordo com o art. 917, § 2.º, caracteriza-se o excesso de execução quando: "I – o exequente pleiteia quantia superior à do título; II – ela recai sobre coisa diversa daquela declarada no título; III – ela se processa de modo diferente do que foi determinado no título; IV – o exequente, sem cumprir a prestação que lhe corresponde, exige o adimplemento da prestação do executado; V – o exequente não prova que a condição se realizou".

Por outro lado, é fácil ver que o rol do art. 917 não abrange todos os temas que poderiam ser alegados em face da execução. Vícios do próprio processo de execução, defeitos na penhora ou na avaliação, prescrição do título executivo (e não da obrigação) são exemplos de matérias que não estão arroladas naquele preceito – afinal, não constam expressamente nessa relação, nem podem ser reduzidos a temas que poderiam ser alegados como defesa "em processo de conhecimento" – mas que certamente interessam. Em relação a discussões referentes à *penhora* e à *avaliação*, o art. 917, § 1.º dá solução ao impasse, afirmando que "a incorreção da penhora ou da avaliação poderá ser impugnada por simples petição, no prazo de quinze dias, contados da ciência do ato". Ou seja, essas questões poderão ser trazidas *na própria execução* – independentemente, portanto, de embargos à execução – na forma da antiga "exceção de pré-executividade" devendo ser prontamente examinadas pelo magistrado. Com relação aos outros temas, as garantias do contraditório, da duração razoável do processo e do devido processo legal impõem a conclusão de que também podem subsidiar os embargos à execução. A omissão do legislador, como é evidente, não pode ser interpretada como desejada, mesmo porque

imporia ao réu (mesmo tendo razão) ou a vedação de discutir esse tema ou o ônus de ter que ajuizar outra demanda apenas para esse fim, o que seria absurdo. Aliás, algumas espécies de nulidades da execução – a exemplo da ausência de citação do executado ou da inexistência de título executivo que represente dívida líquida, certa e exigível – devem ser alegadas em exceção de pré-executividade, *dentro da própria execução*, como se vê do art. 803, parágrafo único, do CPC.

Enfim, relembre-se que discussões referentes ao impedimento ou à suspeição do juiz independem de forma própria ou mesmo da oposição de embargos à execução. Tais vícios podem ser arguidos por simples petição, tanto nos autos da execução, como nos embargos à execução, no prazo de quinze dias a contar da ciência do fato que gera a parcialidade.

d) finalmente, embora o Código de Processo Civil não o considere expressamente, há outro requisito específico para a apresentação dos embargos à execução: a viabilidade aparente da tese apresentada pelo executado. Os embargos não poderão mostrar-se, *prima facie*, infundados ou protelatórios, devendo revestir-se de um mínimo de seriedade. As alegações apresentadas devem ter alguma plausibilidade. Exatamente por isto, se o juiz verificar de pronto que os embargos devem ser prontamente julgados improcedentes (art. 918, II, c/c o art. 332) ou são manifestamente infundados ou protelatórios (art. 918, III, do CPC), deverá rejeitar liminarmente a inicial, a par de, neste último caso, impor ao embargante as sanções por ato atentatório à dignidade da justiça (art. 918, parágrafo único).

1.8.3. O efeito suspensivo dos embargos à execução

Observou-se que o recebimento dos embargos à execução não tem o efeito de suspender a execução (art. 919 do CPC). O seu oferecimento não suspende, *ipso facto*, o curso da execução. No sistema atual, este efeito suspensivo deixou de ser *ex lege* (como era na redação original do Código de Processo Civil de 1973) para tornar-se *ope iudicis*. Ou seja, a atribuição de efeito suspensivo aos embargos depende de decisão judicial que, considerando os requisitos do art. 919, § 1.º, defina sobre a necessidade da suspensão da execução.

A outorga do efeito suspensivo aos embargos dependerá da verificação das seguintes condições (art. 919, § 1.º, do CPC):

i) existência de requerimento do embargante, não podendo ocorrer de ofício;

ii) presença dos requisitos para a concessão de “tutela provisória” (art. 294 e ss. do CPC), ou seja:

ii.1) relevância dos fundamentos apontados nos embargos, ou seja, da aparência de procedência dos argumentos nele apresentados;

ii.2. *a*) *ou o* perigo manifesto de dano grave, de difícil ou incerta reparação, em decorrência do prosseguimento da execução.

Por óbvio, este perigo não se caracteriza tão só pelo fato de que bens do devedor poderão ser alienados no curso da execução, ou porque dinheiro do devedor pode ser entregue ao credor. Fosse suficiente este risco, *toda execução deveria ser paralisada pelos embargos*, já que a execução que seguisse *sempre conduziria à prática destes atos expropriatórios e satisfativos*;

O perigo a ser exigido é outro, distinto das *consequências – naturais – da execução*, embora possa ter nelas a sua origem. Assim, por exemplo, a alienação de um bem com elevado valor sentimental (*v.g.,* joia de família) ou de que dependa o sustento da família do executado. Nestes casos, o dano não está propriamente na alienação do bem penhorado, mas advém da *qualidade especial* do bem que, ao ser retirado do patrimônio do devedor, ocasionará prejuízo grave e de difícil ou incerta reparação;

ii.2. *b*) *ou* um dos casos de tutela da evidência, indicados pelo art. 311 do CPC. Ainda que não se demonstre urgência no efeito suspensivo, também pode o executado obter essa paralisação se demonstrar que sua pretensão é "evidente", nos moldes indicados pelo código. Assim, por exemplo, se sua defesa está comprovada documentalmente e baseada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante (art. 311, II, do CPC), dispensa-se a demonstração do risco de dano irreparável para a outorga de efeito suspensivo aos embargos à execução. Assim deve ser porque, nesse caso, a probabilidade de sucesso dos embargos à execução é muito grande, não se justificando que o executado sofra a constrição de seus bens para desconstituir o título executivo ou a obrigação a ele adjacente, ou ainda para inviabilizar processo de execução manifestamente ilegítimo;

iii) garantia do juízo, pela penhora, depósito ou caução suficientes. A outorga de efeito suspensivo aos embargos está condicionada – como antes foi sublinhado – à prévia penhora de bens na execução (ou a garantia equivalente). Contudo, como também foi demonstrado no item precedente, esta segurança nem sempre deverá ser exigida como condição *sine qua non* para a concessão do efeito suspensivo. Não obstante, é certo que, ressalvados estes casos excepcionais, a regra será a necessidade da garantia do juízo.

Mas não basta ter ocorrido a penhora de quaisquer bens para que se possa pleitear o efeito suspensivo. É preciso que a penhora haja atingido bens *suficientes* para garantir a execução. Enquanto não se tenha arrecadado bens em valor suficiente, ou seja, que aparentemente será bastante para saldar o crédito demandado na execução, não se permite o pleito de efeito suspensivo.

De outro lado, o efeito suspensivo pode ser modulado, de forma a atender exatamente ao objetivo de não sacrificar indevidamente o exequente que aguarda a satisfação de seu crédito. Por isto, se os embargos impugnarem apenas parcela do crédito executado, ou se

o efeito suspensivo deferido limitar-se a uma parte do objeto da execução, deverá o processo executivo seguir quanto à parte restante (não impugnada ou a cuja impugnação não se atribuiu efeito suspensivo), na forma do que prevê o art. 919, § 3.º. Do mesmo modo, se apenas um dos executados oferecer embargos à execução, ou se apenas aos seus embargos for dado o efeito suspensivo, a execução prosseguirá quanto aos demais devedores, salvo quando o motivo que determinou a suspensão da execução for comum aos demais executados (art. 919, § 4.º, do CPC).

Segundo preceitua o art. 919, § 5.º, a concessão de efeito suspensivo à execução não inibirá a prática de atos de penhora – ou sua substituição, reforço ou redução – e de avaliação. Supõe-se que estes atos são incapazes de gerar prejuízo ao executado, servindo para a garantia da execução. Porém, se destes atos manifestamente puder advir prejuízo grave ao executado – como poderia ocorrer com a ordem de depósito, em mãos de terceiro, de bem imprescindível ao sustento da família –, a regra não deve ter aplicação.

A decisão sobre a concessão ou não de efeito suspensivo aos embargos à execução é sempre *instável*. Vale dizer que ela não está sujeita a preclusão, podendo ser revista a qualquer tempo pelo juiz, a requerimento das partes, se sobrevierem modificações no estado de fato ou de direito da causa (art. 919, § 2.º, do CPC).

Enfim, tratando-se de decisão interlocutória, a decisão que examina pedido de efeito suspensivo em embargos é impugnável por meio de agravo de instrumento (art. 1.015, X, do CPC).

1.8.4. O procedimento dos embargos à execução

Os embargos à execução serão apresentados através de petição inicial, que deve preencher os requisitos dos arts. 319 e 320 do CPC. Recorde-se que a causa de pedir dos embargos está, em princípio, limitada às matérias enumeradas no art. 917, sendo necessária a demonstração, de plano, da plausibilidade dos argumentos oferecidos.

A petição inicial será distribuída por dependência ao juízo da execução, autuando-se os embargos em apartado, devendo estar instruídos com cópias das peças processuais mais relevantes da execução, que poderão ser declaradas autênticas pelo próprio advogado do embargante, sob sua responsabilidade pessoal (art. 914, § 1.º, do CPC).

Deverá o juiz rejeitar liminarmente os embargos sempre que: I – forem intempestivos; II – nos casos de indeferimento da petição inicial e de improcedência liminar da demanda; ou III – quando manifestamente infundados ou protelatórios (art. 918, do CPC) ou ainda quando, alegado apenas o excesso de execução como fundamento dos embargos, não for apontado o valor correto ou apresentado o demonstrativo tido como adequado (art. 917, § 4º). A hipótese de indeferimento da petição inicial deve ser precedida, quando sanável o defeito, da prévia intimação do executado para emendar a petição inicial no prazo de

quinze dias, sob pena do seu indeferimento. A petição inicial dos embargos somente poderá ser indeferida quando o executado deixar de apresentar a emenda determinada ou então quando se tratar de defeito claramente insanável o vício (*v.g.,* quando intempestivos, manifestamente infundados ou protelatórios). Da decisão que indefere a petição inicial dos embargos cabe recurso de apelação.

Estando em ordem a petição inicial, será determinada a citação do exequente, para que possa apresentar defesa no prazo de quinze dias (art. 920, I, do CPC). Não há espaço para reconvenção e ação declaratória incidental nos embargos à execução, por conta da simplificação procedimental que se lhe pretende imprimir. Apenas no caso de embargos de retenção por benfeitorias admite-se a apresentação de pedido contraposto pelo exequente-embargado, que pode solicitar a compensação do valor exigido pelas benfeitorias com os frutos e os danos que entender devidos pelo embargante (art. 917, § 5.º, do CPC). Também não se cogita da apresentação, pelo embargado, de alegação de incompetência – salvo nos embargos à execução por carta, como será adiante examinado –, visto que, se houvesse o defeito em questão, este seria do próprio processo de execução, que foi instaurado no local escolhido pelo credor. Portanto, as possíveis defesas cabíveis estão limitadas à contestação e, em tese, à alegação de suspeição e de impedimento do juiz dos embargos, quando eventualmente seja ele distinto do juiz da execução.

A caracterização da revelia nos embargos à execução merece reflexão. Sabe-se que o efeito material da revelia decorre da presunção de que o réu, não tendo defesa plausível a oferecer, conforta-se com o silêncio, assumindo como verdadeiros os fatos alegados pelo autor (art. 344 do CPC). Porém, nos embargos à execução há presunção de existência do direito em favor do exequente-embargado, decorrente da presença do título executivo. Deste modo, caso os embargos tenham como fundamento a inexistência do direito que o título faz presumir, a não apresentação de defesa pelo exequente-embargado não faz presumir a veracidade da alegação do executado-embargante.

Tome-se o seguinte exemplo para ilustrar melhor o problema. Nos embargos à execução, o embargante alega que o crédito demandado já foi pago; o embargado é revel, mas a posse do título faz presumir a existência da dívida e a ausência do pagamento (art. 905 do CC). Neste caso, embora revel o embargado, o embargante deverá demonstrar a sua alegação (o pagamento), exibindo a prova da quitação. Ou seja, o ônus da prova, ainda que diante da revelia do embargado, é do embargante-executado.

Convém notar que este raciocínio apenas se aplica quando o fundamento dos embargos diz respeito ao direito presumido em razão do título executivo. Fora daí – se é alegado, por exemplo, vício de penhora, avaliação errônea dos bens ou cumulação indevida de execuções –, o silêncio do exequente-embargado implica a aceitação da veracidade das alegações do embargante.

Apresentada ou não a resposta do embargado, deverá o juiz proceder ao imediato

julgamento do pedido – se a questão discutida for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, dispensar provas em audiência – ou designar audiência de conciliação, instrução e julgamento, em prazo razoável (art. 920, II e III, do CPC). Na audiência, frustrada a tentativa de conciliação, serão colhidas as provas, após o que o juiz proferirá sentença, imediatamente ou no prazo de trinta dias.

1.8.5. Sentença e apelação nos embargos à execução

Os embargos à execução constituem processo autônomo; o seu encerramento se dá por sentença. Este ato judicial poderá assumir qualquer das espécies previstas nos arts. 485 e 487 do CPC. Em qualquer dos casos, verificando o juiz o caráter protelatório ou manifestamente infundado dos embargos, *deverá* qualificar o ato como ato atentatório da dignidade da justiça, impondo multa ao embargante, em favor do embargado, de até vinte por cento do valor em execução, compreendidas as custas e os honorários advocatícios (art. 918, parágrafo único c/c o art. 774, parágrafo único, do CPC).

Recorde-se que o acolhimento dos embargos do executado não desfaz a alienação do bem eventualmente arrematado, salvo se a decisão for proferida antes de assinado o auto de arrematação (art. 903, *caput*, do CPC). O mesmo não vale para a adjudicação, porque aqui não há interesses de terceiros de boa-fé a serem protegidos.[59]

A sentença proferida nos embargos à execução é sujeita a apelação, não importando o seu conteúdo. Também se submete à imutabilidade da coisa julgada, tornando indiscutível o que foi decidido. Por isto, pode ser objeto de ação rescisória, caso presentes os respectivos pressupostos.

1.8.6. A impugnação de questões posteriores ao momento de oposição dos embargos à execução

Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, além dos embargos à execução, podia o executado apresentar outra ação semelhante, até o limite de cinco dias após a adjudicação, a alienação ou a arrematação. A estes embargos dava-se o nome de embargos à adjudicação, à alienação ou à arrematação, conforme o caso. Esses novos embargos serviam para que se pudesse apontar qualquer vício da execução *posterior à penhora* – que correspondia, basicamente, ao momento em que os embargos à execução eram deduzidos.

No regime atual, essa figura foi suprimida, disseminando-se ao longo do processo executivo oportunidades esparsas para impugnar eventuais vícios decorrentes de atos posteriores à penhora.

Assim, por exemplo, sobrevindo a necessidade de alteração da penhora – por substituição, reforço ou redução –, ou ainda em havendo pedido de alienação antecipada de bens, deve-se dar ao executado a oportunidade de manifestar-se no prazo de três dias

antes de qualquer decisão (arts. 853 e 874 do CPC). Havendo pedido de adjudicação, deve-se também oportunizar a manifestação do executado (art. 876, § 1.º). Designada a alienação judicial de bens, também deve ser comunicado ao executado (art. 889, I). Enfim, tornou-se desnecessário manter a previsão antiga dos chamados embargos à adjudicação, à alienação ou à arrematação, porque sua função foi absorvida pelo contraditório pontual, realizado dentro da própria execução, a respeito de eventuais questões surgidas com a realização dos atos executivos.

Porém, um caso em particular ainda merece referência especial.

Concluída a fase de arrematação de bem, é possível que ela seja desfeita, como se viu quando da análise do procedimento de cumprimento de sentença, nos casos do art. 903, § 1.º, do CPC. A alegação de vício na arrematação pode fazer-se por duas vias distintas. Em primeiro lugar, *nos dez primeiros dias após a conclusão desse ato*, por meio de simples petição nos autos (art. 903, § 2.º). Nesse caso, a situação será apreciada na própria execução, sem maiores formalidades.

Porém, ultrapassado o prazo de dez dias, deve-se expedir a carta de arrematação, a ordem de entrega de bem ou a ordem de imissão na posse (art. 903, § 3.º). E, por essa razão, já que concluído o procedimento de alienação ou de desapossamento do bem, a alegação de vício na arrematação segue regime diverso. Deve ser pleiteada por ação autônoma, nos termos do art. 903, § 4.º, do CPC.

Em qualquer dos dois casos, havendo discussão a respeito da adequação da alienação judicial, pode o arrematante desistir da arrematação do bem, a seu livre critério, sendo restituído da importância depositada (art. 903, § 5.º, do CPC). Precisamente por esta razão, embora caiba ao arrematante, em regra, depositar imediatamente a quantia do lanço vencedor, este valor não deve ser entregue ao exequente, senão depois de transcorrido o prazo de dez dias da assinatura do auto de arrematação (quando deve ser expedida a carta de arrematação ou o documento equivalente). Assim, evita-se o complexo procedimento necessário para reaver o *quantum* entregue ao credor, que implicaria a necessidade de ajuizamento de demanda autônoma para questionar a validade da arrematação.

De toda sorte, recorde-se que, nos termos do art. 903, § 6.º, considera-se ato atentatório à dignidade da justiça invocar causa de vício na arrematação apenas para provocar a desistência do arrematante, de modo a gerar as sanções de praxe, com a imposição de multa de até vinte por cento do valor atualizado do bem, sem prejuízo de outras punições cabíveis.

1.8.7. Os embargos na execução por carta

O processo de execução pode exigir a prática de atos fora do âmbito da competência territorial do juiz da execução, especialmente consistentes na penhora, na avaliação e,

eventualmente, na alienação de bens. Estes atos, por óbvio, não podem ser praticados diretamente pelo juízo da execução, que não tem autoridade nestes outros locais.[60] Será necessário, então, obter a colaboração da autoridade judiciária local, por meio de cartas precatórias ou, eventualmente, por meio do pedido de cooperação, com o emprego da técnica de atos concertados (art. 69, IV, c/c o seu § 2.º, VII, do CPC). Nestes casos, o juízo da execução deverá solicitar ao juízo deprecado ou ao juízo cooperante a realização de penhora e avaliação sobre os bens, normalmente também pedindo a realização da alienação.

Esta cisão dos atos executivos poderá importar em situação problemática, no momento em que for necessário apreciar os atos praticados nos juízos deprecante ou deprecado, devidamente impugnados por uma das partes através de embargos. Afinal, os dois juízes envolvidos estão no mesmo patamar hierárquico, não havendo autoridade de um sobre o outro. Assim, como poderia um juiz julgar os atos praticados por outro, desconstituindo-os?

A questão é resolvida pelo art. 915, § 2.º, do CPC, ao dizer que, na execução por carta, os embargos podem ser oferecidos no juízo deprecante ou no juízo deprecado, mas a competência para seu exame será sempre do juízo deprecante, exceto quando a discussão cingir-se a "vícios ou defeitos da penhora, avaliação ou alienação dos bens efetuadas no juízo deprecado". Por outras palavras, a lei distribui entre os juízes envolvidos a competência para processar e julgar os embargos, *segundo a origem do ato impugnado*. Assim, o juízo deprecado deverá julgar os embargos que tratem de impugnação aos atos – penhora, avaliação e alienação – por ele praticados. O juízo deprecante terá competência para decidir os embargos nos demais casos, bem como naqueles em que se discutam atos praticados pelo juízo deprecado e outras questões.[61]

De todo modo, não tem o embargante o ônus de indicar correta e precisamente o juízo em que os seus embargos serão decididos. Poderá ajuizá-los tanto no juízo deprecante quanto no juízo deprecado. Caberá aos juízes a tarefa de verificar o juízo competente para julgar os embargos. Eventual erro na distribuição dos embargos autoriza as partes a alegarem a incompetência do juízo, no prazo de quinze dias, a partir do ato que atribuiu a um dos juízes a competência para julgá-los, aplicando-se aqui, de forma analógica, o que preveem os arts. 64 e 340 do CPC.

Recorde-se, finalmente, como já dito, que o prazo para esses embargos – na hipótese de cisão de atos entre juiz deprecante e deprecado – também é distinto conforme se pretenda impugnar atos praticados por um ou por outro magistrado (art. 915, § 2.º, do CPC). Aliás, como também antes apontado, a redação do dispositivo indicado merece cautela, já que, por harmonia com a competência para o julgamento dos embargos do executado, é a origem do ato impugnado que deve orientar a fixação do termo inicial do prazo para sua apresentação, e não a simples natureza jurídica abstrata a ser atribuída a esse ato, como faz supor o art. 915, § 2.º, I, do Código.

1

Ver LUIZ GUILHERME MARINONI, *Efetividade do processo e tutela de urgência*, p. 25 e ss.

2

"Di fatto storicamente il ricorso a questa tecnica è stato (nè, a mio avviso, poteva essere diversamente) influenzato anche dalla opportunità di privilegiare i soggeti reali portatori del titolo ed i relativi diritti (e sintomatico, a tale riguardo, che la stragrande maggioranza dei titoli esecutivi di formazione stragiudiziale è a disposizione di imprenditori commerciali e di Pubbliche Amministrazioni)" (ANDREA PROTO PISANI, Appunti sulla tutela sommaria, *I Processi Speciali – Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi Allievi*, p. 318).

3

ANDREA PROTO PISANI, Appunti sulla tutela sommaria, *I Processi Speciali – Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi Allievi*, cit., p. 318.

4

Recorde-se que alguns títulos judiciais também formam novo processo, na esfera cível, especialmente quando não tenham origem em um processo civil já instaurado, a exemplo das sentenças estrangeiras, das sentenças penais e das sentenças arbitrais.

5

Embora a redação do art. 919, § 1.º, do CPC, aparente indicar solução diversa, aludindo aos requisitos para a "concessão da tutela provisória", é evidente, como se verá adiante, que os requisitos são em síntese os mesmos, já que também para a antecipação de tutela se exige a relevância do fundamento e o risco de dano grave.

6

Ver, por todos, ENRICO TULLIO LIEBMAN, *Embargos do executado*, cit., p. 1-84, e *Processo de execução*, cit., p. 9 e ss.

7

A diferença fundamental passou a ser apenas relativa ao conteúdo da defesa (embargos do executado) eventualmente oponível à execução. Na execução de títulos judiciais, a matéria era limitada, enquanto, na execução de títulos extrajudiciais, poderia a parte apresentar a alegação que desejasse na ação de embargos.

8

Recorde-se que apenas a União, no sistema atual, tem competência para legislar em matéria processual (art. 22, I, da CF), razão pela qual somente a lei federal pode criar títulos executivos.

9

Propriamente, é indevida a colocação da sentença arbitral como título judicial, especialmente porque o procedimento para a sua efetivação não é *idêntico* àquele previsto para a efetivação dos outros títulos judiciais. Exemplificativamente, a dimensão da impugnação cabível contra sua execução não está limitada apenas às questões enumeradas no art. 525, 1.º, abrangendo também as matérias constantes do art. 32 da Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996).

10

FRANCESCO CARNELUTTI, Titolo esecutivo, *Studi di diritto processuale*, vol. 4, esp. p. 120-121.

11

ENRICO TULLIO LIEBMAN, *Le opposizioni di merito nel processo d'esecuzione*, esp. p. 139. Ver, também, a resposta de CARNELUTTI, apresentada no escrito mencionado na nota anterior (Titolo esecutivo, cit., *passim*) e, ainda, a tréplica de LIEBMAN (Il titolo esecutivo riguardo ai terzi), com nova apostila de CARNELUTTI (Titolo esecutivo e scienza del processo, p. 154 e ss.).

12

"Por conseguinte, o título não é prova do crédito, porque desta prova não há necessidade. O crédito é motivo indireto e remoto da execução, mas o fundamento direto, a base imediata desta é o título e só ele" (ENRICO TULLIO LIEBMAN, *Processo de execução*, cit., p. 17-18).

13

Também em razão disso, é comum determinar-se a extração do original dos autos, com sua guarda em cofre. Impede-se, assim, eventual furto do documento, que pode ensejar nova circulação do título.

14

Salvo quando se pretender exigi-la de eventuais endossantes ou avalistas.

15

Súmula 600 do STF: “Cabe ação executiva contra o emitente e seus avalistas ainda que não apresentado o cheque ao sacado no prazo legal, desde que não prescrita a ação cambiária”.

16

Ver LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 5, t. II, p. 245 e ss.

17

Para que se tome o bem do terceiro garante, não é necessária a sua citação na execução. A responsabilidade patrimonial incide *sobre o bem* (nos casos de garantia real), independentemente de seu titular. Executado, por isto, deve ser o devedor e não o terceiro garantidor, embora se admita que possa ele defender-se da execução, inclusive mediante embargos à execução, como se verá adiante.

18

Nesse sentido, ver STJ, REsp 229.256/MG, 4.ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJU* 17.12.1999, p. 381.

19

Desse termo é extraída cópia, chamada de certidão de dívida ativa, que é o documento apresentado na execução fiscal (art. 6.º, § 1.º, Lei 6.830/1980).

20

Estes atributos da obrigação a ser executada foram estudados no vol. 2 deste *Curso*.

21

Ver AGOSTINHO ALVIM, *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, p. 37.

22

Alude-se aí à *exceptio non rite adimpleti contractus*. A respeito, ver PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. XXVI, p. 100 e ss.

23

Art. 586, § 1.º: “Quando o título executivo for *sentença*, que contenha condenação genérica, proceder-se-á primeiro à sua liquidação” (*revogado pela Lei 11.382/2006*).

24

Art. 603, *caput*: “Procede-se à liquidação, quando a *sentença* não determinar o valor ou não individuar o objeto da condenação” (*revogado pela Lei 11.232/2005*).

25

Recorde-se que, tratando-se de sentença penal condenatória, sentença arbitral e sentença ou decisão interlocutória estrangeira homologada pelo STJ, é identicamente necessário propor ação de “cumprimento de título judicial”, apresentando-se petição inicial em conformidade com o art. 319 do CPC (art. 515, § 1.º, do Código).

26

Note-se, ademais, que independentemente das regras de competência, na execução autoriza-se ao oficial de justiça cumprir os atos executivos não apenas no território de competência do magistrado mas também em comarcas (ou subseções judiciárias) contíguas, de fácil comunicação e naquelas pertencentes à mesma região metropolitana (art. 782, § 1.º).

27

V. MARINONI, ARENHART, MITIDIERO. *Curso de processo civil*, vol. 2.

28

Prevê o art. 53, §§ 1.º e 2.º, da Lei 9.099/1995, que “efetuada a penhora, o devedor será intimado a comparecer à audiência de conciliação, quando poderá oferecer embargos (art. 52, IX) por escrito ou verbalmente”; “na audiência, será buscado o meio mais rápido e eficaz para a solução do litígio, se possível com dispensa da alienação judicial, devendo o conciliador propor, entre outras medidas cabíveis, o pagamento do débito a prazo ou a prestação, a dação em pagamento ou a imediata adjudicação do bem penhorado”.

29

Súmula 27 do STJ: “Pode a execução fundar-se em mais de um título extrajudicial relativos ao mesmo negócio”.

30

Neste sentido, mesmo antes da edição do atual Código de Processo Civil, era a opinião da jurisprudência. Ver STJ,

REsp 34.195/RS, 3.ª T., rel. Min. Nilson Naves, *DJU* 06.06.1994, p. 14274; STJ, REsp 97.854/PR, 4.ª T., rel. Min. Cesar Asfor Rocha, *DJU* 30.11.1998, p. 165.

31

Por imediato pagamento, considera-se a "intenção" manifestada pelo executado no sentido de efetuar o pronto pagamento da dívida. Isso porque o efetivo pagamento ainda pode depender da apuração das custas do processo ou da atualização do valor da dívida, de modo que pode ser impossível realizar o pagamento já logo depois da citação para o processo. Por isso, nos três dias indicados, deve o executado manifestar seu interesse em adimplir a dívida, e assim, desde que depois dos cálculos necessários, haja efetivamente a concretização dessa intenção, faz o executado jus à vantagem em questão.

32

Súmula 196 do STJ: "Ao executado que, citado por edital ou por hora certa, permanecer revel, será nomeado curador especial, com legitimidade para apresentação de embargos".

33

Ver, na parte que trata da execução da sentença que reconhece obrigação de pagar, o Capítulo Penhora, item Fraude contra credores e fraude à execução.

34

Ver o vol. 2 deste Curso, na parte que trata da execução da sentença que reconhece obrigação de pagar, o Capítulo Fase inicial da execução, item Os efeitos do início da execução. A prescrição.

35

Ver, MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, *Curso de processo civil*, vol. 2.

36

Cf. STJ, AgRg no AgIn 775.393/RS, 1.ª T., rel. Min. Luiz Fux, *DJU* 14.12.2006, p. 272; STJ, AgRg no AgIn 805.123/MS, 2.ª T., rel. Min. Castro Meira, *DJU* 11.12.2006, p. 346; STJ, REsp 769.152/RS, 2.ª T., rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJU* 04.12.2006, p. 283; STJ, REsp 872.300/RJ, 2.ª T., rel. Min. Castro Meira, *DJU* 31.10.2006, p. 274.

37

Esclareça-se que, atualmente, as matérias indicadas como apropriadas para a exceção de pré-executividade podem ser alegadas em embargos à execução. Como os embargos não dependem da prévia segurança do juízo (ou seja, da penhora para poderem ser deduzidos), nada impede que o executado apresente de imediato os embargos à execução, alegando os temas que deduziria, internamente à execução, pela via da exceção de pré-executividade. As vantagens da exceção de pré-executividade sobre os embargos à execução são a tempestividade, a informalidade e a economia de custos. Isto recomenda a sua admissão no direito atual, ainda que a via dos embargos à execução não dependa mais da prévia segurança do juízo pela penhora.

38

Ver, sobre a questão, MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, *Curso de processo civil,* vol. 2.

39

Conforme entende o STJ, estando disponível o bem dado em garantia, sobre ele deve recair a penhora, não sendo admissível a constrição de outros bens em seu lugar (STJ, AgRg no AgIn 300.295/GO, 4.ª T., rel. Min. Barros Monteiro, *DJU* 25.03.2002, p. 291). Não existindo mais o bem dado em garantia, admite-se, por óbvio, a penhora de outros bens (STJ, REsp 309.545/SP, 4.ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJU* 09.09.2002, p. 230; STJ, REsp 2.252/SP, 4.ª T., rel. Min. Athos Gusmão Carneiro, *DJU* 26.11.1990, p. 13780).

40

Sobre todos estes aspectos, ver o que foi dito, quando se estudou a execução da sentença que reconhece obrigação de pagar, no vol. 2, deste *Curso*.

41

Idem, ibidem.

42

Ver, MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, *Curso de processo civil,* vol. 2.

43

Para mais informações sobre esta multa, ver LUIZ GUILHERME MARINONI, *Técnica processual e tutela dos direitos*, cit., p. 393 e ss.; LUIZ GUILHERME MARINONI, *Tutela inibitória*, cit., p. 208 e ss.; SÉRGIO CRUZ ARENHART, *A tutela inibitória da vida privada,* cit., p. 192 e ss.; SÉRGIO CRUZ ARENHART, *Perfis da tutela inibitória coletiva,* cit., p. 350 e

ss.

44

O Código de Processo Civil apenas alude à multa coercitiva prevista em título que impõe fazer ou não fazer. Todavia, o mesmo pode ocorrer no título que determina a entrega de coisa, de modo que o mesmo regime, por analogia, deve ser aplicado à execução desta prestação.

45

Sobre a colaboração de terceiros na efetivação de prestações de fato, ver SÉRGIO CRUZ ARENHART, A efetivação de provimentos judiciais e a participação de terceiros. *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*, cit., p. 951-993.

46

Em caso de urgência, poderá o credor realizar ou mandar realizar o fato, independentemente de autorização judicial, obtendo o direito de ser ressarcido das despesas que tiver (art. 249, parágrafo único, do CC).

47

O CPC, no art. 819, afirma que a permissão de que o exequente conclua a prestação se faz "à custa do contratante". Obviamente, o emprego da palavra "contratante", no texto legal, é inapropriada e inconclusiva, já que não há nenhum contrato aí. E, se houvesse, esse "contrato" teria sido firmado entre o Estado-Jurisdição e o terceiro contratado. Seria, porém, absurdo imaginar que o Estado é que estaria sujeito a arcar com as despesas dessa complementação. Por isso, a única leitura minimamente razoável do preceito é aquela que entende por "contratante" a figura do executado, já que é à sua custa que se realiza o trabalho prestado pelo terceiro, nos termos do que prevê o art. 817 do CPC.

48

"Bens fungíveis são aqueles que podem substituir-se uns aos outros nos pagamentos (*quae functionem in genere suo recicipiunt per solutionem*) ou mais geralmente: *res quarum una vice alterius fungitur*, que, portanto, têm entre si uma relação de equivalência" (EDUARDO ESPÍNOLA, *Sistema do direito civil brasileiro*, p. 490). "A fungibilidade é uma ideia de relação, é o resultado da comparação entre duas coisas, que se consideram equivalentes, como o dinheiro (…) os cereaes (…) os líquidos" (CLÓVIS BEVILACQUA, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, p. 282).

49

"A fungibilidade não se confunde com a determinação da coisa pelo gênero e pela quantidade, a que se refere o art. 875 [do CC/1916, equivalente ao atual art. 244 do CC], pois essa determinação não advém do tráfico, e sim de enunciados do negócio jurídico" (PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, 2. ed., t. II, p. 25).

50

Terá ele direito a ser indenizado das benfeitorias necessárias, úteis e também das voluptuárias não levantadas, mas o direito de retenção só se exerce em relação às benfeitorias necessárias e úteis (art. 1.219 do CC). Quanto ao possuidor de má-fé, embora tenha direito de ser indenizado das benfeitorias necessárias, não tem direito de retenção por qualquer das benfeitorias (art. 1.220 do CC).

51

Tem-se aqui exceção à proibição de cumulação de ações executivas que se processam por ritos diferentes (art. 780 do CPC).

52

A propósito do conceito de Fazenda Pública, para fins de execução, v. o que se afirmou quando se examinou o regime de cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública, no vol. 2, deste *Curso*.

53

Súmula 279 do STJ: "É cabível execução de título extrajudicial contra a Fazenda Pública".

54

Na realidade, em relação às prestações de fazer, não fazer e entregar coisa, devidas pela Fazenda Pública, a única grande questão que remanesce diz respeito à possibilidade ou não de sujeitar o agente público a multa coercitiva. Há julgados no STJ que admitem essa possibilidade (v.g., STJ, AgRg no AREsp 472.750/RJ, 2.ª T., rel. Min. Mauro Campbell Marques, *DJe* 09.06.2014; STJ, REsp 1.111.562/RN, 2.ª T., rel. Min. Castro Meira, *DJe* 18.09.2009), e outros que não a autorizam (v.g., STJ, AgRg no AREsp 196.946/SE, 2.ª T., rel. Min. Humberto Martins, *DJe* 16.05.2013). Para a jurisprudência, portanto, o tema permanece em aberto, embora do ponto de vista doutrinário nada autoriza concluir pela impossibilidade de sujeitar o agente público que resiste ao cumprimento da ordem judicial a medidas de indução, a exemplo da multa coercitiva (v., sobre isso, SÉRGIO CRUZ ARENHART, A doutrina brasileira da multa coercitiva – três questões ainda polêmicas. *RF* , vol. 104, n. 396, São Paulo: Forense, mar.-abr. 2008, p. 233 e ss.

55

Recorde-se que, para essa justificação somente interessa a impossibilidade momentânea, embora absoluta (art. 528, § 1.º, do CPC) já que a impossibilidade permanente deve subsidiar ação de revisão/exoneração de alimentos.

56

De modo mais geral, embargos também denominam figuras com outras finalidades, a exemplo dos embargos de divergência e dos embargos de declaração, que têm finalidade recursal, ou dos embargos a obra, que são forma de ação que se presta a impedir o prosseguimento da construção de certa obra.

57

Este não é o caso daquele que tem seus bens *indevidamente* arrecadados pela execução. Para este a lei oferece a via dos *embargos de terceiro*, que constitui forma de proteção possessória contra indevida constrição judicial (art. 674 e ss. do CPC).

58

Essa comunicação se refere ao previsto no art. 915, § 4.º, do CPC, que afirma que "nos atos de comunicação por carta precatória, rogatória ou de ordem, a realização da citação será imediatamente informada, por meios eletrônicos, pelo juiz deprecado ao juiz deprecante".

59

Ver, MARINONI, ARENHART, MITIDIERO. *Curso de processo civil*, vol. 2.

60

Excepciona-se aí a hipótese descrita no art. 782, § 1.º, do CPC, que prevê a possibilidade de o oficial de justiça cumprir atos executivos em comarcas contíguas, de fácil comunicação, e naquelas pertencentes à mesma região metropolitana.

61

Súmula 46 do STJ: "Na execução por carta, os embargos do devedor serão decididos no juízo deprecante, salvo se versarem unicamente vícios ou defeitos da penhora, avaliação ou alienação dos bens".

Caso

A empresa Y firmou acordo com a empresa X, estabelecendo-se que esta não poderia produzir ou comercializar determinada bebida energética em todo o Território nacional, por 5 anos. Vislumbrando a iminência de descumprimento do acordado, a empresa Y ajuizou ação de execução de obrigação de não fazer, com base em instrumento particular assinado pelas partes e por duas testemunhas. O juiz, porém, indeferiu a petição inicial, porque, por um lado, a rigor, não haveria procedimento de execução de título extrajudicial para impedir a prática de um ato, somente para desfazer aquilo que não poderia ter sido feito, e, por outro, mesmo que houvesse, o prolongamento do processo para impor o cumprimento da obrigação se daria por anos, o que contrariaria a garantia de duração razoável. Você interporia recurso contra essa decisão de indeferimento da inicial? Com base em quais argumentos?

2. A ação de consignação em pagamento

2.1. O direito material à consignação

Mencionada pelo art. 334 do CC brasileiro, a consignação, consistente no depósito judicial ou extrajudicial da coisa devida, tem a mesma força liberatória que o pagamento. Em que pese seja o pagamento a forma normal de extinção das obrigações, é evidente que haverá situações em que essa solução não será possível. Deste modo, sempre que se estiver diante de mora do credor em aceitar o cumprimento da prestação (mora *accipiendi*) ou então quando for impossível o pagamento por motivos não imputáveis ao devedor, poderá este exonerar-se da obrigação por meio da consignação em pagamento.

A consignação, a rigor, não deve ser confundida com o pagamento, ainda que o texto legal indicado permita essa compreensão. Como esclarece a doutrina, o pagamento traduz essencialmente uma transferência de propriedade da coisa que se paga para o credor.[1] Esse efeito, porém, não existe na consignação. Aqui, tem-se apenas o *efeito liberatório* (idêntico ao pagamento), sem, porém, que se veja a transferência ao credor – ao menos de forma necessária – do bem depositado.

Resta claro, portanto, que a função precípua da consignação é permitir ao devedor liberar-se da obrigação, evitando com isso que permaneça com o encargo de responder pelos juros e pelos riscos sobre a coisa, bem como para que possa desonerar-se da própria prestação devida. Em síntese, por meio da consignação, desde que feita de forma válida, o devedor restará desonerado da prestação assumida, de modo que, ao menos para si, a prestação não mais subsiste. Porém, pode ainda permanecer discutível a prestação por parte do outro polo (credor) da obrigação, seja porque há dúvida sobre quem deve receber, seja porque este se recusa a levantar o que fora depositado.

Infere-se daí que a aceitação, por parte do credor, não é elemento necessário para a existência do direito à consignação. Ainda que este não esteja de acordo, é direito do devedor liberar-se da obrigação consignando a prestação devida.

Ao lado do devedor, podem também realizar a consignação o terceiro que seja interessado no pagamento (art. 304 do CC) e ainda o terceiro não interessado, desde que este realize a consignação em nome e à conta do devedor (art. 304, parágrafo único, do CC). Em vista disso, resta claro que a medida consignatória dispensa a demonstração de "interesse especial" do consignante, bastando que ela seja feita em nome e à conta do devedor da prestação e que aquele que oferece a prestação seja capaz de fazê-lo. É evidente que o terceiro que realiza a consignação tem, em princípio, direito a ser reembolsado do valor pago (art. 305, *caput,* do CC*)* – salvo quando efetive a consignação com desconhecimento ou com oposição do devedor, se este poderia ilidir a ação (art. 306 do CC) –, mas, pelo fato de não sub-rogar-se nos direitos do credor (art. 305, *caput, in*

fine, do CC), não se cogita de avaliar possível interesse particular do interessado na realização do ato.

Não inviabiliza a consignação, por outro lado, a mora do próprio devedor. Ainda que este esteja em mora, haverá sempre o interesse seu em liberar-se da prestação, seja pelo pagamento da prestação, seja pela sua consignação, na forma prevista em lei. Substancialmente, a análise do direito à consignação exige apenas a avaliação sobre a manutenção do interesse do credor em receber a prestação.

Assume, desse modo, particular interesse no caso em questão a diferença entre o inadimplemento (absoluto) e a mora na prestação. Havendo mora (inadimplemento relativo) no cumprimento da obrigação, tem-se situação em que o adimplemento ainda é possível – seja porque é faticamente viável, seja porque ainda há interesse do credor em receber a prestação – de modo que será sempre possível purgar a mora, por meio da consignação do valor originalmente devido, acrescido dos prejuízos decorrentes, dos juros e correção monetária e dos honorários advocatícios (art. 395, *caput*, do CC). Por outro lado, diante do inadimplemento absoluto, ou seja, quando o fato não puder mais ser prestado ou quando não houver mais interesse do credor em recebê-lo, há o direito do credor de enjeitar a prestação, de modo que a obrigação resolve-se em perdas e danos (art. 395, parágrafo único, do CC), não havendo mais cabimento em se pensar em direito à consignação. Cabe salientar, no particular, que o direito do credor a rejeitar a prestação existe apenas nos casos mencionados, e não quando houver diminuição na utilidade da prestação.[2]

A faculdade de consignar a prestação depende, outrossim, do preenchimento das mesmas formas exigidas para o pagamento (art. 336 do CC). Dessa maneira, para gerar o efeito semelhante ao pagamento, é preciso que a consignação seja feita à disposição da pessoa a quem se deveria pagar, com o objeto que deveria ser prestado, no modo pactuado e no tempo estipulado. Admite-se, por óbvio, que sejam pactuadas outras condições para a consignação, porém, na falta destas previsões, regerá a consignação o que fora previsto para o pagamento.

Menciona a doutrina, porém, a possibilidade de que se busque, por meio da consignação, a liberação de dívida sujeita a condição. Desde que esteja cumprida a condição, é viável a consignação, já que também seriam viáveis as outras formas de extinção da obrigação.[3]

O mesmo pode ser afirmado para as obrigações sujeitas a termo. Desde que ocorrido o termo para o cumprimento da obrigação, porque seria possível (e exigível) o pagamento, é também viável a consignação da prestação, a fim de liberar o devedor dos efeitos decorrentes da mora. Por outro lado, mesmo quando não cumprida a condição ou o termo, é possível a consignação, para que o credor possa recebê-la quando nascer a pretensão. Neste caso, porém, os riscos pela coisa consignada só se transferem após a ocorrência da consignação ou do termo.[4]

Vale recordar que, nos termos do art. 344 do CC, sequer o fato de ser litigiosa a dívida é impediente ao direito à consignação. Aliás, em tais casos, a consignação é o caminho natural, na medida em que o devedor que, ciente do litígio, deixa de fazê-lo, assume o risco do pagamento indevido.

Os efeitos da consignação, basicamente, referem-se à exclusão para o devedor dos efeitos da mora. Assim, deixa o devedor de assumir os riscos pela mora da coisa consignada, que passam para o credor, ao menos até o julgamento da consignação. Julgada, posteriormente, procedente a consignação, tornam-se definitivos os efeitos então provisórios. Julgada improcedente a medida, retornam para o devedor os riscos e os efeitos em geral da mora antes existentes.[5] Por conta disso, os efeitos decorrentes da consignação em si são apenas provisórios. Tornar-se-ão definitivos com a decisão final da causa ou, ao menos, com a aceitação da prestação consignada pelo credor. Exatamente por isso, nos termos do que prevê o art. 338 do CC, enquanto não se verificar a aceitação da prestação pelo credor ou a sua impugnação, pode o devedor requerer o levantamento da prestação consignada, desde que pague as despesas respectivas, "subsistindo a obrigação para todas as consequências de direito".

Cabe, ainda, mencionar a hipótese em que o devedor pretenda, em contrato sinalagmático, efetuar a consignação, condicionando, porém, o levantamento da prestação à realização da contraprestação devida pelo credor. Embora controvertida a questão em doutrina, é de se admitir essa modalidade de consignação, já que ela tem respaldo no direito material. Embora o Código de Processo Civil não a preveja expressamente, é certo que o devedor pode exigir a contraprestação para realizar a prestação por ele devida; daí decorre que também pode consignar a prestação, exigindo, entretanto, que a contraprestação também seja realizada para a completa extinção da obrigação.[6]

Estão, finalmente, abrangidas pelo direito à consignação quaisquer prestações que tenham por objeto coisas (fungíveis ou infungíveis). De outra parte, pouco importa se os bens a serem consignados constituem móveis, semoventes ou imóveis, admitindo todos eles a consignação. Obviamente, as prestações de fazer e não fazer, por não incidirem sobre coisas, excluem-se do direito à consignação.

2.2. As hipóteses legais para a consignação[7]

O Código Civil descreve as hipóteses legais em que o devedor tem o direito à consignação da prestação devida em seu art. 335. No dispositivo mencionado, indicam-se as seguintes hipóteses:

I – se o credor não puder, ou, sem justa causa, recusar receber o pagamento, ou dar quitação na devida forma. A primeira das hipóteses tratada pelo Código diz respeito a *dívida portável* (a dívida quesível é tratada no inciso seguinte), no caso em que, oferecida a prestação, o credor não possa ou se recuse a recebê-la ou a dar quitação. Como se sabe, as dívidas portáveis são aquelas em que compete ao devedor oferecer a prestação

no domicílio do credor (ou no local por este indicado); em havendo essa oferta, mas não tendo o credor aceitado a prestação ou, sem justo motivo, recusado a quitação, tem-se o caso descrito no texto, que autoriza a consignação.

II – se o credor não for, nem mandar receber a coisa no lugar, tempo e condição devidos. Aqui a hipótese tratada diz respeito às dívidas quesíveis, em que toca ao credor buscar o pagamento da dívida no domicílio do devedor. Diante desse caso, se o credor não comparece, no momento e segundo as condições estipuladas, pessoalmente ou por representante, para receber a prestação que lhe é devida, pode o devedor liberar-se da prestação por meio da consignação.

III – se o credor for incapaz de receber, for desconhecido, declarado ausente, ou residir em lugar incerto ou de acesso perigoso ou difícil. A situação tratada por essa previsão é múltipla e admite várias condicionantes específicas. Por exemplo, em se tratando de credor incapaz, caberá ao seu curador o dever de dar quitação à prestação; se, porém, o devedor não sabe quem é o curador do credor ou desconhece sobre a existência de poderes outorgados a este para dar quitação, poderá consignar a prestação, a fim de liberar-se da obrigação. Já quando o devedor reside em local de acesso difícil ou perigoso, ou ainda incerto, *sendo a dívida portável*, não se justifica imputar ao devedor a mora, já que não lhe seria razoável exigir o cumprimento da prestação no local indicado pelo credor, razão pela qual se autoriza a consignação como forma de liberação da prestação.

IV – se ocorrer dúvida sobre quem deva legitimamente receber o objeto do pagamento. O caso aqui descrito implica a multiplicidade de pretendentes ao recebimento da prestação ou então a dúvida sobre se aquele que se apresenta a recebê-la tem poderes para tanto ou para dar-lhe quitação. Difere, portanto, da hipótese descrita no caso anterior (credor desconhecido), já que lá não se tem ideia sobre quem é a pessoa do credor, e não comparece ninguém para receber a prestação devida. Como já sublinhado anteriormente, se o devedor estiver ciente do litígio, deve consignar a prestação, sob pena de, em pagando a qualquer dos pretendentes, assumir o risco pelo pagamento (art. 344 do CC). A dúvida que permite o emprego da ação consignatória deve ser dúvida fundada e não resultante de culpa do devedor.[8] Não pode o devedor valer-se da medida para beneficiar-se de sua própria torpeza.

V – se pender litígio sobre o objeto do pagamento. O último caso em que a lei autoriza a consignação trata da litigiosidade sobre o objeto da obrigação. Obviamente, a fim de estremar este caso da hipótese anterior, cumpre compreender esta situação como a litigiosidade que não trate da titularidade da obrigação, mas do próprio crédito.[9]

2.3. A tutela jurisdicional da consignação

O direito brasileiro não prevê, a rigor, uma só forma de proteção judicial à consignação. Em verdade, têm-se vários mecanismos de consignação, alguns previstos no procedimento

disciplinado pelos arts. 539 a 549 do CPC, outros disciplinados em leis extravagantes, como ocorre com a consignação judicial de alugueres e acessórios (tratada pelo art. 67 da Lei 8.245/1991[10]) ou com a consignação tributária (art. 164 do CTN).

Como aí se encontram pretensões distintas, é necessário ter cautela, a fim de assegurar que as peculiaridades de cada pretensão consignatória sejam mantidas pela técnica processual empregada.

Vale, de todo modo, a advertência de que a técnica processual não pode sobrepor-se às regras de direito material sobre a consignação. O instituto da consignação em pagamento é figura de direito material, competindo ao processo tão somente instrumentalizar mecanismos para a exata fruição dessa faculdade. Desse modo, sempre que a regra processual aparentar inviabilizar alguma das condições próprias da consignação, é necessário reexaminar a regra processual, sob pena de mutilar-se o direito material.

2.3.1. Legitimidade para a consignatória

A legitimidade ativa para a consignação será sempre outorgada ao devedor ou a qualquer terceiro (interessado ou não). Na verdade, mesmo os terceiros não interessados têm direito à consignação, já que também podem efetuar o pagamento da prestação ao credor (art. 304 do CC). Com efeito, na dicção do art. 304, parágrafo único, do CC, o terceiro não interessado tem direito a realizar o pagamento, desde que o faça em nome e à conta do devedor. Assim, se estes terceiros (interessados ou não) têm o direito de efetuar o pagamento da prestação, *a fortiori* têm também o direito de realizar a consignação da prestação devida, a fim de liberar o devedor dos ônus da mora.

Diante disso, pouco espaço terá o magistrado para examinar possível "ilegitimidade ativa" na ação consignatória. Porque esse direito é dado a qualquer pessoa – devedor, terceiro interessado ou terceiro não interessado – a única questão que pode ser posta diz respeito à discussão sobre se o terceiro não interessado que se apresenta realiza a consignação em nome e à conta do devedor. Desde que verificada essa condição, terá legitimidade para a causa. Para tanto, assim, será necessário que o terceiro desinteressado ajuíze a demanda *em nome do devedor*, na condição de legitimado extraordinário (art. 18 do CPC), sendo-lhe vedado demandar em nome próprio.[11]

Bastará, de todo modo, que o autor *se afirme devedor ou terceiro* para que tenha legitimidade para a demanda consignatória. Isto porque a avaliação concreta de tal condição é questão do direito material que, portanto, extrapola os limites da análise das condições da ação.

Já no polo passivo da demanda deverá figurar o credor conhecido, aquele que se afirme credor ou ainda, se ele é desconhecido, o credor incerto, a ser citado por edital. Em havendo concurso de supostos credores (art. 335, IV, do CC), todos os pretendentes

deverão figurar como litisconsortes passivos necessários na demanda (art. 547 do CPC).

2.3.2. Competência para as ações de consignação em pagamento

Segundo o art. 540 do CPC, a consignação deve ser requerida no lugar do pagamento. A regra, na verdade, repete o comando inserto no art. 337 do CC, que trata de problema de direito material, consistente no lugar em que se deva realizar o cumprimento das obrigações.

Nada mais natural que a consignação deva ser oferecida no local designado – pela lei ou pelo contrato – para o cumprimento normal da obrigação. Por isso, derroga-se aqui o regime geral da competência, disciplinado pelo art. 46 e ss. do CPC. Dessa forma, variará em princípio o foro em que se deve ajuizar a consignatória conforme se trate de dívida quesível ou portável. Tratando-se de dívida quesível, a ação será ajuizada, em regra, no foro do domicílio do devedor. Já nos casos de dívida portável, a demanda deverá ser proposta, em princípio, no domicílio do credor. Outrossim, em se tratando de dívida consistente na entrega de bem imóvel, a consignação deve ocorrer no lugar da situação do bem (art. 328 do CC).

Por fim, não se pode esquecer da hipótese em que o local designado para o pagamento se tornou inacessível, de difícil acesso ou perigoso (art. 335, III, *in fine*, do CC). Nesse caso, porque o local do pagamento está inviabilizado, a competência da ação poderá ser livremente escolhida pelo devedor, desde que não haja prejuízo ao credor (art. 329 do CC).

De todo modo, trata-se de competência territorial e, portanto, relativa. Ao contrário do que pode sugerir a redação peremptória do art. 540 do CPC, não há ali previsão inafastável pela vontade das partes. Porque o texto se refere, como dito, a tema de direito material (de caráter disponível) é evidente que, aceitando o credor o local escolhido para o pagamento – ainda que não seja aquele originalmente designado para tanto –, inexiste obstáculo que se possa opor à liberação do devedor. Em conta disso, se o credor não opuser exceção de incompetência à demanda proposta em local distinto daquele que fora determinado como local do pagamento, deve-se ter por prorrogada a competência e adequado o foro para o julgamento da causa.

De outro lado, o lugar do pagamento prevalece, para a ação consignatória, sobre eventual foro de eleição presente no contrato.[12] É que o foro de eleição possivelmente estabelecido se presta para as ações comuns, propostas a respeito de litígios decorrentes do contrato. Todavia, o foro para a ação consignatória, como sublinhado acima, tem assento em questão de direito material, a saber, *o local designado para o cumprimento da obrigação*. Diante disso, é evidente que a vontade das partes – ao eleger determinado local para o cumprimento da obrigação – deve prevalecer, para a ação consignatória, em relação à vontade das partes para a solução de outros litígios que possam surgir.

Excepciona-se desse raciocínio a consignação fundada na Lei de Locações. É que, conforme prevê o art. 58, II, da Lei 8.245/1991, a competência para esta ação é a do "lugar da situação do imóvel, salvo se outro houver sido eleito no contrato". Neste caso, por haver específica previsão em sentido contrário, há de se entender que o foro de eleição prevalece sobre o local eleito para o cumprimento da prestação.

2.3.3. Procedimento da consignatória

Em todo processo consignatório, serão respeitados, em linhas gerais, os critérios fundamentais trazidos pelo art. 539 e ss. do CPC. Desse modo, não havendo previsão expressa em sentido distinto, deve-se observar a disciplina ali contida, ainda que se trate de medida regulada por lei especial.

2.3.3.1. A fase extrajudicial

Quando a consignação tratar de prestação consistente em dinheiro, poderá o interessado optar pelo depósito extrajudicial da importância devida, até como forma de evitar a necessidade da demanda judicial (art. 539, § 1.º, do CPC). Trata-se de faculdade dada ao interessado, e não de obrigação, de modo que, entendendo a medida como inútil, inadequada ou inviável, pode o interessado optar diretamente pelo ajuizamento da ação respectiva.

De outro lado, é certo que somente prestações pecuniárias podem utilizar-se desta via consignatória. Em se tratando de outra espécie de prestação, deverá ela ser depositada em juízo, na competente ação judicial.

De todo modo, o depósito extrajudicial da quantia devida gera os mesmos efeitos do depósito judicial. Vale dizer que esse depósito – assim como o depósito judicial – tem o efeito de eliminar ou de impedir a incidência dos efeitos da mora. Por isso, efetivado o depósito, o devedor não mais estará sujeito aos juros de mora ou a eventuais prejuízos decorrentes do retardamento no adimplemento da prestação. Note-se que esse efeito *independe da aceitação do credor*. O depósito da quantia devida já é suficiente para ensejá-lo, independentemente da conduta do credor.

Para que o depósito gere o efeito em questão, todavia, é necessário que ele seja integral, e que observe, em relação às pessoas, ao objeto, ao modo e ao tempo, todos os requisitos que seriam exigíveis para a efetivação do pagamento (art. 336 do CC). Se o depósito for parcial, os efeitos da mora somente são evitados até o limite da quantia consignada.[13]

Neste caso, o depósito deverá ser feito em estabelecimento oficial (onde houver), no local do pagamento,[14] seja pelo devedor ou por terceiro, em conta com correção monetária. Deste depósito deverá ser cientificado o credor, por carta com aviso de recebimento, para que possa, no prazo de dez dias, manifestar seu aceite ou recusa em

levantar a importância consignada. Compete ao credor, então, manifestar expressamente sua recusa em receber o valor depositado, sob pena de, diante de seu silêncio, presumir-se aceita a consignação, com a consequente liberação do devedor da obrigação (art. 539, § 2.º, do CPC).

Poderá o credor, nesses casos, aceitar o levantamento da quantia depositada, porém, com ressalva (*v.g.,* em relação ao valor do débito). Neste caso, é evidente, a liberação do devedor estará limitada à quantia levantada, permanecendo a possibilidade de discussão sobre o restante da obrigação em via própria.[15]

Em caso de expressa recusa pelo credor, formulada por escrito, caberá àquele que efetuou o depósito (seja o devedor ou o terceiro) apresentar, dentro do prazo de um mês, a ação judicial de consignação em pagamento, instruindo a inicial com a prova do depósito e da recusa (art. 539, § 3.º, do CPC). O prazo aqui mencionado não é peremptório, no sentido de inviabilizar a propositura da demanda após seu escoamento. É evidente que o interessado pode ajuizar a consignatória mesmo depois do prazo em questão. Todavia, ajuizada a medida dentro daquele prazo, tem-se por mantida a situação anterior, criada com o depósito, da elisão dos efeitos da mora do devedor. Por outras palavras, pode-se dizer que, efetuado o depósito extrajudicial da quantia devida, o devedor passa a não (mais) sofrer os efeitos da mora; estes efeitos voltarão a incidir depois do prazo designado, salvo se o interessado ajuizar, nesse período, a competente ação consignatória, caso em que a supressão desses efeitos restará mantida. Desse modo, o ajuizamento da medida judicial consignatória no prazo de um mês faz manter o estado impeditivo da mora que havia sido inaugurado com o depósito extrajudicial da quantia devida.

Em conta disso, escoado o prazo de um mês a que se refere o dispositivo legal, o depósito realizado perde sua eficácia, de modo que pode ser livremente levantado pelo depositante, uma vez pagas as despesas pertinentes (art. 539, § 4.º, do CPC). Nada impede, por óbvio, que seja realizado, posteriormente, novo depósito, com nova eficácia interruptiva dos efeitos da mora. Neste caso, porém, ou se realiza o depósito sem o defeito apontado pelo credor para a recusa no levantamento da importância, ou se promove a medida em ação judicial consignatória. Não haveria, certamente, nenhuma justificativa que autorizasse o devedor a insistir em um depósito extrajudicial (por várias vezes) quando o credor já recusou o levantamento da quantia e quando o devedor deixou de ajuizar a demanda judicial respectiva para discutir seu direito à liberação da obrigação.

Finalmente, embora a Lei de Locações não o preveja expressamente, a consignação extrajudicial aqui tratada é plenamente aplicável também para aquela modalidade de obrigação. Mesmo antes do Código de Processo Civil de 2015, essa já era a opinião da doutrina e da jurisprudência[16] nacionais, não havendo nenhum motivo para se negar o emprego dessa técnica também no campo das locações. Deste modo, pode também o devedor de aluguéis (ou o terceiro) depositar em estabelecimento bancário oficial o valor das prestações devidas, com o mesmo efeito do pagamento e da consignação judicial.

2.3.3.2. O procedimento judicial de consignação no regime do Código de Processo Civil

Quanto à fase judicial, aplicável agora à consignação de qualquer espécie de prestação, e não apenas às obrigações pecuniárias, tem-se que há questões peculiares já na fase inicial do procedimento, que serão examinadas de forma separada. De outro lado, é importante recordar que a fase extrajudicial é uma faculdade dada ao devedor, de modo que, se ele não desejar submeter-se a ela, poderá desde logo ajuizar a demanda de consignação.

Importa advertir, preliminarmente, que a análise a ser agora desenvolvida diz respeito, de forma imediata, à consignação disciplinada pelo Código de Processo Civil. Após serão examinadas algumas peculiaridades de outras medidas semelhantes, disciplinadas por leis especiais.

2.3.3.2.1. A fase inicial

A petição inicial da ação de consignação preencherá todos os requisitos dos arts. 319 e 320 do CPC, devendo ainda o autor requerer: (*a)* o depósito da prestação (quantia ou coisa devidas), a ser realizado no prazo de cinco dias a contar do deferimento da exordial; e (*b)* a citação do réu para levantar o depósito ou apresentar resposta no prazo de quinze dias (art. 542 do CPC). Evidentemente, caso o autor tenha usado da faculdade da consignação extrajudicial, descaberá novo depósito do dinheiro, de modo que bastará a ele instruir a petição inicial com o comprovante de depósito e da recusa (art. 539, § 3.º, do CPC), no prazo de um mês, sob pena de incidir nas consequências antes examinadas.

Apresentada em juízo a inicial, pode o magistrado indeferi-la de plano, nas hipóteses tradicionalmente conhecidas (*v.g.,* art. 330 do CPC) ou determinar a emenda da peça, se ausentes quaisquer dos seus requisitos necessários. Estando, porém, em termos a inicial, e, portanto, deferido o processamento da ação consignatória, terá início o prazo de cinco dias para o depósito judicial do dinheiro ou da coisa devidos pelo devedor. Caso o autor não realize a consignação no prazo indicado, deve ser extinta a demanda, sem pronunciamento sobre o mérito, haja vista o fato de que o depósito é o ponto central da demanda – é o elemento que exonera o devedor da obrigação e que elide, para ele, os efeitos decorrentes da mora –, de modo que, em não ocorrendo, perde sentido a demanda (art. 542, parágrafo único, do CPC).[17]

Poderá, todavia, suceder que a obrigação em questão seja de entregar coisa indeterminada. Neste caso, se a escolha da coisa competir ao devedor, este fará o depósito da coisa já individualizada, segundo a escolha que procedeu. Porém, se a escolha competir ao credor, então é natural que se lhe dê, antes da consignação, momento para que possa realizar a eleição da coisa que prefere. Nesse caso, conforme estabelece o art. 543 do CPC, antes do depósito, deverá o credor ser citado para, em cinco dias (ou em outro prazo, estipulado pelo contrato ou pela lei), realizar a escolha ou aceitar que o

devedor o faça, devendo o magistrado fixar lugar, dia e hora para a entrega, sob pena de depósito judicial. Como se vê, então, nesses casos, o depósito somente ocorrerá após a tentativa de entrega do bem já individualizado, nas condições estabelecidas pelo magistrado.

Somente depois de realizado o depósito é que o juiz poderá determinar a citação (ou a intimação, no caso examinado no parágrafo anterior) do credor para, querendo, levantar o que foi consignado ou oferecer resposta.

2.3.3.2.2. A consignação das prestações vincendas

Quando a obrigação envolvida tratar de prestações sucessivas, é possível que, realizada a consignação da primeira, possam as demais ser realizadas no curso da demanda. Tal é o que prevê o art. 541 do CPC, a estabelecer essa faculdade, sem maiores formalidades, desde que o seu depósito ocorra no prazo de cinco dias a contar do vencimento de cada parcela.

A faculdade harmoniza-se claramente com a garantia da economia processual, já que não faria sentido impor-se ao devedor ajuizar tantas demandas consignatórias quantas fossem as prestações devidas em razão da obrigação. Para evitar essa situação, faculta-se ao devedor proceder aos depósitos sucessivos no mesmo processo, usando do mesmo parâmetro para a consignação inicial – ou seja, a imposição de que seja realizado no prazo de cinco dias.

Esse depósito pode realizar-se tanto judicial como extrajudicialmente, na conta já aberta para a consignação inicial extrajudicial. Com efeito, pode suceder que as prestações vincendas venham a vencer antes de escoado o prazo para o ajuizamento da ação consignatória. Neste caso, nada impede que o devedor proceda ao depósito de outras parcelas (além da primeira) na mesma conta, instruindo a inicial com o comprovante do depósito e da recusa de todas as parcelas até então vencidas. A mesma conta poderá também, evidentemente, ser empregada para os depósitos das prestações que vierem a vencer no curso da demanda.

Se não houver fase extrajudicial, os depósitos sucessivos serão feitos na conta aberta para a primeira consignação, sendo evidentemente desnecessário proceder-se a nova citação do réu (a cada depósito realizado), bastando que ele seja intimado para, se quiser, levantar a coisa ou o valor consignado.

A faculdade de depósito das parcelas sucessivas pode dar-se até o trânsito em julgado da sentença na ação consignatória.[18] De fato, não faria sentido, ao menos em regra, limitar-se essa faculdade apenas até a prolação da sentença de primeiro grau ou a outro momento anterior, impondo-se ao devedor iniciar, a partir de então, outra demanda consignatória. Se a intenção é privilegiar o princípio da economia processual, é evidente que a faculdade deve ser, ao menos em princípio, permitida até o final do processo. Por

outro lado, poderá haver outra situação peculiar que recomende a limitação temporal da faculdade de consignar para momento anterior ao término do processo. Assim, por exemplo, a controvérsia específica sobre cada uma das parcelas depositadas poderá exigir juízo sobre cada uma delas, de modo que, por vezes, pode ser recomendável que se autorize o depósito somente em primeiro grau ou, ao menos, enquanto o feito não se encontre nas instâncias extraordinárias.[19] A regra, porém, deverá ser a permissão do depósito até a conclusão do processo.

Constitui exceção expressa a essa faculdade a consignação de valores de aluguéis e acessórios. Segundo prevê o art. 67, III, da Lei 8.245/1991, para esta forma particular de consignação, autoriza-se o depósito das prestações que vencerem no curso do processo, mas "até ser prolatada a sentença de primeira instância". Assim, diante da regra específica em sentido diverso, para este caso específico deve-se entender que o direito à consignação está limitado àquele momento e não ao trânsito em julgado da sentença. Ademais, cabe ainda salientar que, neste procedimento especial, o prazo para a consignação das prestações vincendas é o do seu vencimento, não havendo o lapso de cinco dias para que se promova o depósito dessas quantias.

De toda sorte, considera-se que apenas a consignação inicial importa para a avaliação da procedência ou não da demanda. Assim, ainda que o devedor não realize o depósito das prestações vincendas, isso não autoriza a extinção do processo, nem *ipso facto* seu julgamento de improcedência. A causa determinante da ação foi o depósito inicial e é esse que deve ser avaliado para fins de mérito da demanda.[20]

2.3.3.2.3. A resposta do réu

Citado, o réu poderá adotar várias condutas.

Em princípio, aqui não é aplicável a fase conciliatória, prevista no art. 334, do CPC. Embora, por óbvio, não se negue ao juiz a faculdade de, a qualquer tempo, tentar obter a autocomposição das partes (art. 139, V, do CPC), não há sentido na audiência de conciliação no procedimento em exame. De um lado, porque a frustração da fase extraprocessual (normalmente presente) já é indicativo de que as partes não estão dispostas à conciliação. De outro lado, há pouco espaço para a autocomposição em muitos dos procedimentos consignatórios cabíveis (pense-se, por exemplo, na hipótese em que se tem dúvida a respeito de quem deve receber a prestação).

Por isso, o réu é citado para defender-se querendo. Entretanto, a defesa não é o único caminho que o procedimento pode seguir. Pode, por exemplo, o réu aceitar o valor consignado, sem ressalva, gerando a extinção do processo, com resolução do mérito, ante ao reconhecimento jurídico do pedido. Poderá também se manter omisso em adotar qualquer providência, caso em que lhe será decretada a revelia. Neste último caso, da revelia poderá (e normalmente assim sucederá) decorrer a consequência da liberação do devedor, ante a aceitação tácita da prestação, especialmente se o credor for capaz e tiver

sido citado pessoalmente.

Finalmente, poderá o réu oferecer resposta à pretensão do autor. Esta poderá consistir em qualquer das modalidades de resposta conhecidas, ou seja, em contestação ou em reconvenção.

Da dicção do art. 544 do CPC, a contestação que pode ser oferecida no processo de consignação possui conteúdo limitado aos temas ali apresentados. Na realidade, interpretação mais atenta do dispositivo demonstra que, embora restrita, a defesa na ação consignatória não se cinge, apenas, àquelas possibilidades. Por exemplo, é evidente que são admissíveis (embora não previstas) as defesas processuais que porventura o réu possa apresentar (*v.g.*, art. 337 do CPC). Do mesmo modo, é possível que o réu negue a existência dos fatos constitutivos apresentados pelo autor para o ajuizamento da demanda (dizendo, por exemplo, que o réu não é desconhecido, que o lugar não é de difícil acesso ou perigoso ou que não há litígio sobre a coisa devida). Desse modo, a limitação posta no art. 544 do Código somente tem relevância no que diz respeito às defesas substanciais indiretas (alegações de fato extintivos, modificativos ou impeditivos à pretensão do autor) ali arroladas (em princípio tratadas pelos incs. II, III e IV). Para estes casos, a defesa é realmente limitada, ao menos para a maioria das hipóteses de consignação, não se podendo alegar outras defesas materiais indiretas que não aquelas expressamente enumeradas. Porém, há uma última ressalva que deve ser feita: se a consignação se fundar em dúvida sobre quem possa efetivamente receber a prestação ou dar quitação, por óbvio as defesas dos pretendentes não estão limitadas pelo dispositivo em análise. O tema será mais detidamente examinado adiante.

De toda sorte, em regra, as defesas materiais indiretas que podem ser alegadas pelo credor estão limitadas a dizer: (*a)* não houve recusa ou mora em receber a quantia ou coisa devida; (*b)* foi justa a recusa; (*c)* o depósito não se efetuou no prazo ou no lugar do pagamento; (*d)* o depósito não é integral.

A defesa consistente na insuficiência do depósito está condicionada à explicitação pelo réu da quantia que entende efetivamente devida (art. 544, parágrafo único, do CPC). Neste caso, autoriza o Código que o devedor realize o complemento do depósito (v. item seguinte), a fim de liberar-se completamente da obrigação. De toda sorte, neste caso, se acolhida ao final a defesa do réu, toca ao juiz, independentemente de reconvenção do réu, condenar o autor a adimplir com o restante da prestação, valendo a sentença como título executivo para o credor, que poderá proceder à satisfação de seu crédito nos mesmos autos, após a devida liquidação, se necessário (art. 545, § 2.º, do CPC). Vê-se, então, que a ação consignatória pode assumir natureza dúplice, de modo que a rejeição da pretensão do autor pode implicar tutela favorável a uma pretensão implícita do réu à complementação do valor depositado.

2.3.3.2.4. A complementação do depósito no caso de consignação insuficiente

Quando a impugnação do credor diga respeito à insuficiência do depósito realizado pelo devedor, deve o magistrado facultar ao autor a complementação do depósito no prazo de dez dias, salvo no caso em que a mora implica, de imediato, inadimplemento absoluto da prestação (art. 545, *caput*, do CPC). É exatamente para viabilizar essa providência que o Código determina que, em sendo esse o fundamento da defesa, deva o réu indicar com precisão o montante que entende devido (art. 544, parágrafo único, do CPC).

A intenção do preceito é clara e louvável, já que permite que, diante de divergência na importância (ou, de forma mais abrangente, na prestação) devida, possa o devedor eliminar o litígio mediante a adequação ao que fora pretendido pelo credor. Dá-se, portanto, a possibilidade de o autor evitar a controvérsia, realizando o depósito no valor pretendido pelo credor.

A solução é inteligente, já que, por vezes, a divergência entre a prestação consignada e a pretendida pelo credor é mínima, de modo que não se justificaria o julgamento de improcedência da pretensão do autor. De outro lado, haverá casos em que será realmente difícil ao devedor saber, com precisão, a extensão da prestação devida. O litígio, portanto, em tais casos, será mais aparente do que real, de forma que será possível ao devedor, realizando o depósito complementar, pôr fim à controvérsia.

Haverá, todavia, situações em que essa complementação será inviável. Sempre que o retardamento no cumprimento da prestação (integral) implique a sua inutilidade, então se estará diante de situação de inadimplemento absoluto, de modo que não há mais interesse do credor em receber a coisa. Assim, por exemplo, se os bens que deveriam ser depositados não têm mais utilidade porque se passou o momento em que seriam utilizados, então descabe a complementação do depósito, porque a prestação tornou-se inútil ao credor.[21]

De toda sorte, realizado ou não o depósito complementar, é facultado ao credor levantar a prestação parcial consignada, com a consequente liberação parcial do devedor (art. 545, § 1.º, do CPC). Desse modo, o litígio prosseguirá apenas para discutir a diferença buscada pelo credor, a fim de avaliar a procedência ou não da consignação realizada pelo devedor. Evidentemente, nesse caso, se tiverem sido apresentadas outras defesas que não apenas a insuficiência do depósito, a sequência do procedimento também determinará a análise dessas outras questões.

Finalmente, vale recordar que essa complementação constitui faculdade dada ao autor. Assim, caso não pretenda ele realizar a integralização do valor pretendido pelo credor, a demanda prosseguirá. Em tal caso, em sendo julgada procedente a demanda – porque o magistrado entende que o valor originalmente depositado estava correto – dará por extinta a obrigação, condenando o credor nos ônus sucumbenciais. Se, porém, entender por improcedente a demanda – porque insuficiente a consignação – então deverá o magistrado determinar (sempre que possível) na sentença o montante devido, de modo que esta decisão constituirá título executivo judicial em favor do réu (credor), para perseguir

judicialmente a diferença que lhe toca.

2.3.3.2.5. A dúvida sobre quem possa legitimamente receber a prestação

A ação consignatória poderá fundar-se na dúvida sobre quem possa legitimamente receber a prestação devida ou dar-lhe quitação. Em tal hipótese, deverá o autor ajuizar a demanda contra *todos* os possíveis titulares do crédito (art. 547 do CPC).

Duas serão as situações em que isso poderá ocorrer. No primeiro dos casos, há vários pretendentes, de forma que o processo apresentará situação particular, pois o litígio possivelmente cingir-se-á à relação *entre* os litisconsortes. Outro caso em que isso é possível é aquele em que sequer se saiba quem é o verdadeiro credor da prestação.

No último desses casos, tem-se a situação peculiar de demanda ajuizada contra réu *incerto*, a ser citado por edital. Nessa situação, cumpre ao devedor consignar a prestação – a fim de evitar os efeitos da mora – liberando-se da prestação. Não terá mais, a partir de então, de se preocupar com o credor, que se quiser virá a juízo levantar a prestação que lhe é devida.

No primeiro dos casos, tem-se vários pretendentes à prestação devida pelo autor. Nessa situação, pode-se ter distintos desenvolvimentos do feito (art. 548, do CPC). Pode ocorrer que não compareça nenhum pretendente à prestação. Neste caso, o depósito feito pelo devedor será convertido em arrecadação de coisas vagas, liberando-se o autor da obrigação e dos ônus da mora. Caso compareça apenas um dos interessados, o juiz autorizará a ele o levantamento da prestação, extinguindo o feito. Se comparecerem vários interessados, sem que tenham impugnado o depósito, o juiz liberará o devedor da prestação, prosseguindo o processo apenas entre os credores, a fim de se apurar a quem cabe, de fato, a prestação. Finalmente, caso compareçam vários credores, tendo qualquer deles impugnado o depósito,[22] então o devedor continuará vinculado ao processo, até porque será necessário julgar se o depósito por ele realizado efetivamente tem o condão de liberá-lo da obrigação.

Desse modo, pode-se dizer que na ação de consignação fundada em dúvida sobre quem possa receber a prestação, o procedimento divide-se em duas fases. Uma primeira, destinada a avaliar a adequação e a suficiência do depósito promovido pelo devedor. Admitida como correta a consignação, então estará o devedor liberado da prestação, prosseguindo o feito, na segunda fase, entre os credores, para que se possa decidir a quem caberá o levantamento da prestação consignada. Esta segunda fase seguirá o rito comum apenas entre os credores, para que o juiz decida as pretensões de cada um deles sobre o objeto consignado.

2.3.3.2.6. A sentença da ação de consignação em pagamento

A sentença da consignatória é predominantemente declaratória. Por ela, reconhece o

juiz a justeza da conduta do consignante, liberando-o da obrigação. Por isso, reconhecida a adequação do depósito, a sentença será sempre de procedência do pedido. Somente quando o magistrado entender que a consignação era indevida ou insuficiente, é que se impõe o julgamento de improcedência da demanda.

Não se pode esquecer, enfim, da hipótese descrita no art. 545, § 2.º, do CPC, em que se prevê efeito anexo condenatório na sentença de improcedência da ação consignatória, quando a defesa do réu se fundar na insuficiência do depósito.

2.3.3.3. A consignação em pagamento na Lei de Locações

O procedimento previsto para a consignatória de prestações locatícias (e acessórios) é ligeiramente distinto daquele regulado pelo Código de Processo Civil. Por se tratar de regime especial, é evidente que ele prevalece sobre o rito estabelecido pelo Código,[23] salvo naquilo em que as disposições deste puderem ser aplicadas harmonicamente naquela legislação sem desvirtuamento de suas diretrizes (a exemplo do que ocorre com a consignação extrajudicial que, como já visto, embora não prevista na lei de locações, também é ali aplicável).

A regulação desse procedimento está contida nos arts. 58 e 67 da Lei 8.245/1991. É importante recordar que essa disciplina é anterior ao atual Código de Processo Civil, de modo que há defasagem nítida entre o aqui contido e o regime geral.

2.3.3.3.1. A fase inicial

Frustrada (ou não optando o devedor por ela) a fase extrajudicial, tem início o processo judicial de consignação.

No regime da Lei de Locações, a petição inicial da ação consignatória deverá conter, além dos requisitos gerais expostos no art. 319 do CPC, a exposição dos aluguéis e acessórios da locação, com a indicação dos respectivos valores (art. 67, I, da Lei 8.245/1991).[24]

Admitida a inicial, terá o autor o prazo de 24 horas (e não cinco dias, como no regime geral) para realizar o depósito das prestações discriminadas. Feita a consignação, será então o réu citado para levantar o valor ou apresentar resposta. Em que pese a redação do art. 67, II, da Lei de Locações, dar a impressão de que a citação e o depósito acontecem concomitantemente, é de se ressaltar que o depósito é o pressuposto essencial da demanda, de forma que, não realizada a consignação, deve o feito ser extinto (como, aliás, esclarece a parte final do preceito) antes mesmo da citação do requerido. Por isso, embora a ausência de clareza do texto legal, é certo que a citação do réu só ocorre depois de efetuada a consignação. Não tendo havido o depósito no prazo estabelecido, por outro lado, impõe-se a extinção do processo sem resolução do mérito.

De modo idêntico ao que ocorre em relação à consignatória comum, também aqui é facultado ao devedor consignar as prestações que se vencerem no curso da demanda. Todavia, no regime especial da Lei de Locações, o depósito das prestações subsequentes só é viável até a prolação da sentença de primeiro grau, e mesmo assim, desde que realizadas até o seu vencimento (art. 67, III, Lei 8.245/1991). Quanto às demais prestações (posteriores à sentença), estas deverão ser objeto de nova ação consignatória.

2.3.3.3.2. A resposta do réu

Citado o réu na ação de consignação, poderá ele adotar as mesmas condutas que adotaria frente a uma medida consignatória comum. Assim, poderá levantar o valor depositado, caso em que o feito deve ser extinto com a procedência da pretensão e a condenação do requerido nos ônus sucumbenciais. Poderá ainda manter-se revel, omitindo-se em responder à demanda, caso em que sofrerá as consequências legais, segundo o regime do Código de Processo Civil. A dicção da lei não é clara nesse sentido, dando a impressão de que a revelia, neste rito, deveria levar, necessariamente, ao julgamento de procedência da demanda. A conclusão, porém, seria errônea e contrária à própria lógica, pois implicaria a equiparação entre o reconhecimento do pedido e a revelia, o que, por óbvio, seria descabido. Na verdade, a revelia apenas implica a ausência de controvérsia sobre os fatos, o que, porém, não tem o condão de tornar também acolhido o pedido formulado, já que isso depende da análise da incidência do direito sobre os fatos deduzidos. Desse modo, a revelia aqui tem os mesmos efeitos que ocasiona em qualquer tipo de processo, não se podendo cogitar de outra solução.

Finalmente, poderá o réu oferecer resposta. A resposta por ele deduzida poderá consistir em contestação e ainda em reconvenção. Como anota o art. 67, VI, da Lei 8.245/1991, a reconvenção poderá ter por objeto pedido de despejo do autor, a cobrança dos valores questionados, ou a cobrança das diferenças entre o que o devedor se propõe a depositar e a importância que, na ótica do credor, é de fato devida. Dessa forma, vê-se aqui mais uma diferença entre a ação consignatória aqui tratada e aquela disciplinada pelo Código: aqui, a condenação do autor nas diferenças (entre o valor consignado e aquele efetivamente devido) *não é efeito anexo da sentença de improcedência*, como ocorre na ação consignatória regida pelo Código de Processo Civil. Para que este efeito ocorra, portanto, será necessário que o réu da ação promova reconvenção contra o autor, a fim de responsabilizá-lo por essa diferença.

A Lei 8.245/1991 não prevê prazo para o oferecimento de resposta neste rito. Na falta dessa previsão, parece adequado emprestar para cá o regime geral do Código de Processo Civil, de modo que o prazo a ser empregado será o de quinze dias, contado segundo os critérios gerais, empregados para qualquer tipo de processo.

Especificamente no que diz respeito à contestação, também na medida consignatória disciplinada pela Lei de Locações, há restrição quanto à matéria que pode ser deduzida em defesa. Todavia, empregando técnica mais apurada do que aquela apresentada pelo

Código de Processo Civil, aqui a limitação imposta pelo legislador diz respeito apenas à *matéria de fato*. Por isso, a par de toda defesa de direito – e, evidentemente, da defesa processual – em tema de questão de fato, pode ser apresentada pelo requerido a alegação de: "(a) não ter havido recusa ou mora em receber a quantia devida; (b) ter sido justa a recusa; (c) não ter sido efetuado o depósito no prazo ou no lugar do pagamento; (d) não ter sido o depósito integral" (art. 67, V, da Lei 8.245/1991). Além dessas defesas, é evidente que pode o réu deduzir defesas materiais diretas, ou seja, negar a existência dos fatos constitutivos apontados pelo autor na inicial.[25]

A doutrina critica veementemente a defesa consistente na inutilidade da prestação ("não ter sido efetuado o depósito no prazo ou no lugar do pagamento") afirmando que, em razão das peculiaridades do crédito locatício, não haveria hipótese em que ela poderia ser aplicada. De fato, é difícil imaginar caso em que a prestação locatícia (que é pecuniária) se torne inútil em razão da passagem do tempo ou do fato ter sido prestado em local distinto do previsto contratualmente, e que não se insira em caso de "recusa justa" (que é tratada pela alínea anterior da lei). Todos os casos imagináveis de recusa no recebimento do valor – por ser prestado fora do prazo ou em local distinto do previsto – ou ingressam em caso de recusa justa do credor em recebê-lo, ou são irrelevantes, dando azo à razão para o devedor.[26] O equívoco do legislador só se justifica por ter reproduzido aqui a dicção da regra geral, posta no Código de Processo Civil da época, sem atinar para as peculiaridades da situação em exame.

De toda forma, em relação aos depósitos efetuados pelo devedor sobre que não penda controvérsia, poderá o credor levantá-los a qualquer momento, na forma do que prevê o art. 67, parágrafo único, da Lei 8.245/1991.

2.3.3.3.3. A complementação do depósito inicial

Sempre que o réu alegar que o depósito apresentado não é integral, abre-se ao autor a oportunidade de complementá-lo, a fim de evitar o julgamento de improcedência da demanda. A redação do art. 67, VII, da Lei de Locações dificulta essa compreensão, ao prever que "o autor poderá complementar o depósito inicial, no prazo de 5 (cinco) dias contados da ciência do oferecimento da resposta, com acréscimo de 10% (dez por cento) sobre o valor da diferença. Se tal ocorrer, o juiz declarará quitadas as obrigações, elidindo a rescisão da locação, mas imporá ao autor-reconvindo a responsabilidade pelas custas e honorários advocatícios de 20% (vinte por cento) sobre o valor dos depósitos".

De fato, da leitura desse dispositivo, pode-se ter a impressão de que o direito de complementar o depósito somente existe se o credor apresentar reconvenção ao pedido inicial. A interpretação, todavia, seria contraproducente e levaria a um absurdo desvirtuamento da própria noção da "renúncia",[27] que é, *ultima ratio*, a essência da faculdade aqui descrita.

Na realidade, a interpretação que parece ser a mais adequada do dispositivo é concluir

que *em qualquer caso* é possível o depósito complementar. A única diferença entre a existência ou não da reconvenção está na sanção acrescentada pelo dispositivo, consistente na multa de 10% (dez por cento) sobre o valor da diferença.[28] Assim, havendo a reconvenção, justifica a imposição da penalidade, como resposta à pretensão exposta pelo credor na via reconvencional. Se, por outro lado, não existir a reconvenção, então a faculdade do depósito complementar se dará *sem a incidência desse plus*, ou seja, com a simples complementação do depósito, somado à imposição da sucumbência ao autor-reconvindo.

Desse modo, o direito à complementação do depósito é uma faculdade sempre dada ao devedor, por ser decorrência do próprio caráter disponível de sua pretensão. Porque ele pode abdicar de sua pretensão, pode também concluir ser ela inexata, buscando adequar sua conduta àquilo que é previsto pelo direito material.

A única questão, portanto, fica por conta do acréscimo imposto de 10%. Este só é devido se o credor tiver oposto reconvenção ao pedido inicial do autor. Caso contrário, o valor a ser complementado diz respeito exclusivamente à diferença pleiteada pelo réu.

De toda sorte, essa faculdade é condicionada ao prazo estabelecido no dispositivo (de cinco dias), ao menos para que gere o efeito esperado, qual seja, a manutenção do contrato de locação. Depois desse prazo, ainda que a complementação seja possível para eliminar os outros efeitos da mora, impõe-se o julgamento de improcedência da consignatória, com a conclusão de que o devedor não está integralmente liberado da obrigação, podendo vir a sofrer as consequências legais, inclusive a rescisão do contrato, por provocação do credor.

Finalmente, cabe advertir que, realizada a complementação do preparo, em razão dessa espécie de "reconhecimento da defesa" – no sentido de que o autor reconhece que a defesa do réu tem sentido – deverá o autor ser condenado nos ônus da sucumbência, sendo os honorários fixados em 20% do valor dos depósitos.

2.3.3.3.4. A sentença da ação consignatória de locações

Em relação à sentença prolatada neste feito, a grande questão que merece ser sublinhada diz respeito à ausência, neste procedimento, do efeito anexo que é atribuído à sentença da ação consignatória comum. De fato, neste rito especial, o julgamento de improcedência da demanda consignatória – por insuficiência do depósito – não faz surgir para o credor, *ipso iure*, título executivo para a cobrança da diferença, tal como ocorre com a sentença da ação consignatória regulada pelo Código de Processo Civil.

Em que pese a redação do art. 515, I do CPC, o fato é que, no caso em exame, não é dever do magistrado fixar o montante da diferença existente. Bastará que ele considere insuficiente o depósito realizado pelo devedor para que profira sentença de improcedência. E, neste caso, porque não há ainda a determinação do valor da diferença (nem teve o

magistrado de se preocupar em apresentar critérios para a sua identificação), não há natural formação de sentença em favor do réu. Assim, sempre que a sentença de improcedência desta demanda consignatória não for suficiente para reconhecer a "exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa" afastada estará a hipótese do art. 515, I, do CPC e, portanto, não haverá a formação de título executivo.

Evidentemente, se for possível atingir essa diferença – quer porque o magistrado haja expressamente determinado esse *quantum*, quer porque o credor apresentou a oportuna reconvenção, solicitando essa providência –, ou, de modo mais amplo, se dessa sentença de improcedência se puder extrair aquela "exigibilidade" antes referida, aí então haverá a formação do título, autorizando o credor a aceder à fase do cumprimento de sentença.

Outra observação que merece ser realizada é o condicionamento da execução dos valores de locação – eventualmente pedidos em reconvenção – à prévia desocupação do imóvel, nos termos do que prevê o art. 67, VIII, da Lei 8.245/1991. Assim se dá, obviamente, porque até a data da desocupação são devidos os valores de aluguel do imóvel, de modo que, até esse momento, não se tem completamente líquido o título a ser executado. Todavia, obviamente, essa condicionante atravanca a execução dos valores devidos e retarda a satisfação do interesse do credor, merecendo, por isso, certo temperamento.

Por fim, cabe recordar que, neste tipo de procedimento, a apelação deverá ser recebida somente no efeito devolutivo (art. 58, V, da Lei 8.245/1991), de modo que a sentença surte efeitos imediatos, a partir de sua publicação.

[1] R. J. POTHIER, *Tratado de las obligaciones*, p. 359.

[2] Cf. AGOSTINHO ALVIM, *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, p. 159.

[3] R. J. POTHIER, *Tratado de las obligaciones* cit., p. 360.

[4] FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. XXIV, p. 244-245.

[5] R. J. POTHIER, *Tratado de las obligaciones* cit., p. 361.

[6] Nesse sentido, v. OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 13, p. 23-24; FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado* cit., t. XXIV, p. 243/244.

[7] Os casos aqui tratados dizem respeito à consignação padrão, ou seja, àquela disciplinada pelo Código Civil. Deve-se alertar, porém, que existem outros casos de consignação estipulados em legislação extravagante, como é o caso da "subordinação do recebimento ao cumprimento de exigências administrativas sem fundamento legal" (art. 164, II, do CTN), que trata da consignação tributária.

[8] CLÓVIS DO COUTO E SILVA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 11, t. I, p. 49.

[9]

OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, *Comentários ao Código de Processo Civil* cit., vol. 13, p. 31-32.

[10]

Observe-se que, embora a Lei de Locações não trate expressamente da consignação *extrajudicial* de aluguéis, não há qualquer razão para inviabilizar seu uso naquela esfera. Trata-se de medida salutar, que é capaz de evitar demandas desnecessárias, podendo servir como técnica de autocomposição eficiente também no campo das locações. A jurisprudência do STJ, aliás, aceita tranquilamente o emprego dessa técnica também no campo das locações (STJ, REsp 618.295/DF, 5.ª T., rel. Min. Felix Fischer, *DJU* 01.08.2006, p. 514).

[11]

MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, *Código de Processo Civil*.

[12]

ANTONIO CARLOS MARCATO, *Procedimentos especiais*, p. 79.

[13]

V.g., STJ, AgRg no Ag 1.041.570/DF, 3.ª T., rel. Min. Massami Uyeda, *DJe* 30.09.2008; STJ, REsp 663.051/RS, 3.ª T., rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi, *DJU* 01.02.2008, p. 474.

[14]

Por local do pagamento deve-se entender a *comarca* ou a *circunscrição judiciária do pagamento*, segundo MARCATO, e não o Município do pagamento (*Procedimentos especiais* cit., p. 75). Isto porque pode ocorrer, por vezes, que no Município designado não exista estabelecimento bancário oficial, mas apenas particular (ou, eventualmente, sequer particular). Certamente, porém, na sede da comarca haverá estabelecimento que cumpra com a previsão legal, devendo ali ser feito o depósito – até porque, em caso de consignação judicial, é precisamente nesta sede que a consignação será realizada.

[15]

STJ, REsp 189.019/SP, 4.ª T., rel. Min. Barros Monteiro, *DJU* 02.08.2004, p. 395.

[16]

Admitindo o depósito extrajudicial para a consignação de valores de aluguéis, v. STJ, REsp 618.295/DF, 5.ª T., rel. Min. Felix Fischer, *DJU* 01.08.2006, p. 514.

[17]

ANTONIO CARLOS MARCATO, *Procedimentos especiais* cit., p. 83.

[18]

Nesse sentido, v. STJ, REsp 78.052/RS, 1.ª T., rel. Min. José de Jesus Filho, *DJU* 22.04.1996, p. 12.544.

[19]

V., nesse sentido, STJ, REsp 29.620/SP, 2.ª T., rel. Min. Hélio Mosimann, *DJU* 02.10.1995, p. 32.345.

[20]

Assim, v. OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, *Comentários ao Código de Processo Civil,* cit., vol. 13, p. 39.

[21]

Como assinala a doutrina, essa situação somente se põe diante de prestações consistentes na entrega de coisa determinada. Em se tratando de prestação pecuniária, sempre será útil ao credor o recebimento ulterior da prestação, de modo que sempre será viável a complementação do depósito.

[22]

Se o motivo único da impugnação for a insuficiência do depósito, o juiz admitirá a complementação da consignação. Se o devedor consentir em realizar a complementação, então estará liberado da obrigação, prosseguindo a demanda apenas entre os credores. Se, ao contrário, não efetuar a complementação, permanecerá vinculado ao processo, a fim de se examinar se a consignação feita foi ou não adequada.

[23]

STJ, 6.ª T., *RT* 869/196.

[24]

Súmula 449 do STF: “O valor da causa, na consignatória de aluguel, corresponde a uma anuidade”.

[25]

Cf. ANTONIO CARLOS MARCATO, *Procedimentos especiais* cit., p. 100.

[26]

ANTONIO CARLOS MARCATO, *Procedimentos especiais* cit., p. 101.

[27]

Renúncia, aqui, entendida em sentido amplo, na acepção do contraponto ao reconhecimento do pedido. Ou seja, a figura aqui tratada constituiria em um “reconhecimento da improcedência do pedido” feita pelo autor, ao menos nos termos em que inicialmente formulado. Como ato de disposição material, essa figura não pode ser simplesmente ignorada pelo processo.

[28]

Poder-se-ia agregar também a questão da rescisão do contrato de locação. Porém, essa questão depende de pedido específico na reconvenção, de modo que, inexistente o pedido, sequer se deve cogitar de sua incidência em caso de improcedência da reconvenção.

Caso

Ernesto é vizinho de Romildo, que tem uma dívida de dois mil reais com Agnaldo. Conforme o contrato celebrado entre este e Romildo, a dívida deveria ser paga no prazo de doze meses, no domicílio do credor. Ocorre que Agnaldo mudou-se sem informar onde passou a residir, tampouco deixando outros dados para contato. Diante dessa situação, passado o prazo para pagamento e vendo que Romildo está com dificuldades financeiras em razão de problemas de saúde, de modo que não poderia cumprir a prestação, Ernesto, amigo de longa data, ajuíza, em nome próprio, ação de consignação de pagamento, para liberar Romildo da dívida. A consignação é então acolhida, já que devidamente depositado o valor, declarando o magistrado a sub-rogação de Ernesto nos direitos de credor. A decisão do magistrado foi adequada?

3. A ação de exigir contas

3.1. O dever de prestar contas e o direito de exigi-las

Em regra, as pessoas, a quem é submetida a administração de certos bens ou interesses, estão obrigadas a dar satisfação de seus atos de gestão. Essa obrigação pode ser imposta ao administrador mediante pedido do interessado, podendo ainda ser prestada voluntariamente por aquele. Há várias circunstâncias que determinam o dever de prestar contas de seus atos, não sendo o caso de, neste espaço, descrevê-las todas. Basta deixar evidenciado que, em todas essas situações, poderá o interessado solicitar as contas judicialmente, estando também facultado ao administrador prestá-las, também judicialmente, quando necessário.

O dever de prestar contas pode ter origem em relação contratual ou legal[1] e, praticamente, pode-se afirmar que ela está presente sempre que a administração de bens ou interesses envolva o trato com gastos e receitas.[2]

As contas a serem prestadas devem ser demonstradas e justificadas, exatamente para que se possa conferir a destinação dada ao patrimônio do administrado e a razoabilidade da atividade do administrador.

3.2. A ação de prestação de contas

A medida judicial de prestação de contas, no regime processual atual, se destina a veicular a pretensão daquele que pretende que as contas lhe sejam prestadas (art. 550 do CPC).

Já quanto à pretensão daquele que busca prestar as contas a quem de direito (medida prevista no CPC anterior, no art. 916), é hoje submetida ao regime do procedimento comum, ainda que ali também se deva exigir a apresentação das contas “na forma adequada, especificando-se as receitas, a aplicação das despesas e os investimentos, se houver” (art. 551 do CPC). Na realidade, a ação autônoma de prestação de contas (ou seja, a ação ajuizada por quem tem o dever de prestar as contas, para efetivamente prestá-las a quem as pode exigir) apenas não será utilizável para os casos em que ela é *dispensável*, porque as contas devem ser prestadas em outro processo. Segundo prescreve o art. 553 do CPC, as contas devidas pelo inventariante, pelo tutor, pelo curador, pelo depositário ou por outro administrador (nomeado judicialmente) devem ser prestadas no próprio processo em que ocorreu a nomeação, em apenso, dispensando, assim, ação própria.

O objetivo primordial desta demanda de rito especial é apurar a existência ou não da pretensão às contas. Não há necessidade de que o autor da demanda invoque algum

suposto crédito existente ou desfalque efetuado pelo requerido. Basta que ostente o direito a exigir que as contas lhe sejam prestadas, para que a demanda seja procedente. É evidente, porém, que, neste caso, em se verificando a existência de saldo, o feito continuará para impor ao réu o ressarcimento dos prejuízos por ele gerados. Essa consequência, entretanto, é meramente acidental na ação, e faz surgir uma segunda fase no procedimento.

Porém, essa eventualidade – de ter o processo de seguir para a restituição de eventual saldo – é que faz exigir do legislador o procedimento específico aqui estudado.

A ação para exigir contas, por isso mesmo, é desenhada para, em geral, desenvolver-se em duas fases distintas. Na primeira, busca-se apurar a existência do direito de exigir as contas. Na segunda, avalia-se a adequação ou não das contas prestadas, impondo-se, quando for o caso, a condenação do administrador a restituição de eventual saldo credor. Trata-se, portanto, de medida judicial em que o exame do mérito é cindido em duas porções. Em ambos os momentos, tem-se análise de mérito, estável em relação à parcela do objeto do processo examinado, sendo inviável retornar, na fase seguinte, ao exame do que foi vencido na oportunidade anterior.

Há, neste processo, dois atos jurisdicionais distintos que diretamente lidam com o mérito da demanda: um primeiro que impõe ao réu a prestação das contas; e outro que analisará se as contas prestadas estão corretas ou não, e, consequentemente, poderá impor ao administrador o ressarcimento de possíveis prejuízos por ele ocasionados.

Em face disso, seria possível sustentar que, em razão da especificidade desse procedimento, haveria aqui duas sentenças diversas. Porém, é necessário ter cautela em aplicar aqui o conceito tradicional de sentença, desenvolvido no art. 203, § 1.º, do CPC. A ressalva, aliás, consta do próprio dispositivo mencionado, que reconhece que muitos procedimentos especiais contam com peculiaridades, de modo que a definição geral de sentença pode não ser ali aplicável. Como observado anteriormente,[3] em que pese a definição legal de sentença, não se pode concluir que qualquer ato judicial que aprecie o mérito (art. 487, I, do CPC) constitui sentença. Em regra, a ideia de sentença continua vinculada à conclusão de uma determinada fase do processo (conhecimento ou satisfação). No regime do Código de Processo Civil de 1973, a ação para exigir contas constituía importante exceção à regra geral de que os processos continham uma só sentença. Perante aquela ordem, o ato judicial que encerrava a primeira fase (da etapa de conhecimento, com o exame apenas *parcial* do mérito do pedido) do procedimento era qualificada como *sentença*, embora ela não encerrasse todo o momento cognitivo do processo e, portanto, não pusesse fim nem ao processo, nem à fase de conhecimento do processo. A exceção tinha por essência razões históricas, sedimentadas em doutrina. Não se questionava – até porque o Código veemente e expressamente denominava esse ato como “sentença” – que o ato judicial que encerrava a primeira fase do procedimento da prestação de contas devesse ser assim tratado.[4] Destoava, porém, essa ideia do contexto geral do Código, já que por essa “sentença” não se encerrava a fase de conhecimento do

processo. Concluía-se apenas *uma das etapas* em que se desdobrava, neste procedimento, o conhecimento do mérito. Daí o motivo de desconforto criado por essa figura estranha.

O Código de 2015, porém, optou por seguir outro caminho. Expressamente afirma que o ato do juiz que julga a primeira etapa do processo da ação de exigir contas é uma decisão, ou seja, uma decisão interlocutória (art. 550, § 5.º, do CPC). Parece que a opção legislativa do Código de 2015 é melhor. Em primeiro lugar, esta conclusão harmoniza-se melhor com a ideia que o Código faz de sentença (vinculando-a ao encerramento de uma das fases, ou de conhecimento ou de satisfação, do processo). Em segundo lugar, caracterizar esse ato como decisão interlocutória faz com que o recurso designado para atacá-lo seja o agravo, que, por subir em instrumento próprio, e por não ser dotado de efeito suspensivo, não impede, por si só, o prosseguimento do processo para a segunda fase. Finalmente, o efeito suspensivo *ope iudicis* do agravo permite dosar com maior prudência a necessidade de paralisar ou não a apresentação das contas enquanto se discute sobre o dever de prestá-las.

De todo modo, embora pareça clara a opção da legislação atual, tendo em vista a pacífica orientação jurisprudencial firmada na vigência do Código de Processo Civil de 1973 caracterizando esse ato – que encerra a primeira fase da etapa de conhecimento – como sentença e sujeitando-a a apelação, parece ainda presente a dúvida objetiva. Diante disso, parece bastante razoável a aplicação aqui do princípio da fungibilidade, ao menos até que se consolide opinião diversa na vigência do Código de Processo Civil de 2015.

3.3. O procedimento para exigir contas

A ação para exigir contas visa a permitir que o autor imponha ao réu o oferecimento de contas. Fundamenta-se, como já dito, exclusivamente na existência ou não do direito a exigir essas contas, sem que seja necessário que se invoque alguma desconfiança sobre o trabalho exercido pelo administrador ou algum saldo supostamente existente em razão da atuação deste.[5]

A ação tem início por petição escrita, dirigida ao juiz da causa, que observará o contido nos arts. 319 e 320 do CPC. Nela, deverá o autor requerer a citação do réu para que, no prazo de quinze dias, apresente as contas devidas ou ofereça resposta.

Não é necessário que o autor detalhe os dados ou informações sobre os quais incidirá a prestação de contas. Basta que ele identifique a obrigação de onde se origina o dever de prestar contas e as razões detalhadas pelas quais as contas são exigidas, instruindo sua demanda com a prova dessa necessidade, se existirem (art. 550, § 1.º, do CPC), para que se tenha como suficiente a indicação da causa de pedir.[6]

Nos termos do art. 550 do CPC, a citação do réu se dá para que ele ou preste as contas ou ofereça contestação. Não se prevê a abertura de uma fase conciliatória, tal

como se faz no rito comum (art. 334 do CPC). Embora nada impeça que o juiz busque, a qualquer tempo, a autocomposição das partes (art. 139, V, do CPC), em regra o regime especial deve prevalecer. Assim, na ação de exigir contas não é impositiva a tentativa prévia de conciliação. Trata-se de opção política do legislador, levada a cabo por critérios próprios. Por isso, salvo se o juiz entender como claramente viável a oportunidade de autocomposição, não há, aqui, a fase da audiência de conciliação ou mediação antes da resposta do réu.

O Código prevê apenas que o réu possa oferecer contestação. De fato, quanto à reconvenção, esta será, em princípio, inviável, em razão do caráter dúplice da medida, mas pode ser admitida para veicular outras espécies de pretensão que não seja aquela abrangida pela ação para exigir as contas.[7]

No prazo da resposta, poderá então o réu apresentar as seguintes posturas:

a) presta as contas, sem oferecer defesa em relação à pretensão do autor. Essa atitude, consistente em modalidade especial de reconhecimento do pedido, determinará não a extinção do processo, mas a simplificação do procedimento, que passará, desde logo, para a segunda fase (art. 550, § 2.º, do CPC), ou seja, aquela em que se verificará a regularidade das contas apresentadas.

b) não presta as contas, nem contesta. Se o réu, no prazo designado, deixar de oferecer resposta e de apresentar as contas que lhe foram solicitadas, tem-se caso de revelia, que autoriza o julgamento antecipado da lide (art. 550, § 4.º, c/c o art. 355 II, do CPC). Neste caso, julgada procedente a pretensão do autor, determinará o juiz que o réu apresente as contas pertinentes no prazo de quinze dias, sob pena de não lhe ser lícito impugnar as contas oferecidas pelo autor (art. 550, § 5.º, do CPC).

c) não presta contas, mas oferece defesa. Embora a lei não trate especificamente desta hipótese, é evidente que ela pode ocorrer. Nesse caso, a primeira fase do processo de prestação de contas assume o rito comum, de modo que, diante da controvérsia instalada, seguirá para a fase instrutória e, posteriormente, decisória, em que o juiz avaliará a existência ou não de motivos para a recusa na prestação das contas. Julgada procedente a medida, determinará então o magistrado ao réu que exiba as contas, na forma do que foi dito acima, ou seja, em quinze dias, sob pena de não poder impugnar as contas trazidas pelo autor.

d) apresenta as contas e contesta. Essa hipótese excepcional foi apontada pela doutrina,[8] e pode ocorrer quando o réu entende que jamais houve recusa na apresentação das contas. Nesse caso, o réu poderia apresentar contestação – em que alegaria, por exemplo, a falta de interesse processual do autor da medida – e apresentar as contas que não se nega a exibir. Novamente, em tal caso, cumpre ao juiz examinar a procedência da defesa do réu, caso em que imporá ao autor a sucumbência da demanda. Caso contrário, como já foram apresentadas as contas, seguirá o feito para a segunda fase do processo.

Em todas as hipóteses, determinada a apresentação das contas, inicia-se a segunda fase do procedimento. Neste momento, o processo dedicar-se-á a examinar as contas apresentadas pelo requerido e, se for o caso, condenar o réu em eventual saldo devedor.

Esta fase começa com a decisão judicial que ordena ao réu a apresentação das contas no prazo de 15 dias. Trata-se de decisão de cunho mandamental, a que é acoplada medida coercitiva consistente na ameaça de aceitar as contas prestadas pelo autor, em caso de descumprimento da determinação judicial pelo réu (art. 550, § 5.º, do CPC). Vale dizer que, à ordem de apresentação das contas, agrega o Estado a indicação de que, não sendo obedecido o comando judicial, as contas apresentadas pelo autor poderão ser aceitas como acertadas, gerando eventualmente reflexos perniciosos para o réu.

Caso o réu opte por apresentar as contas, deverá fazê-lo segundo a forma "adequada", especificando-se as receitas, a aplicação das despesas e os eventuais investimentos realizados (art. 551, do CPC). Essas contas deverão, ademais, em princípio, vir acompanhadas da necessária documentação demonstrativa.

Dessas contas, terá vista o autor pelo prazo de quinze dias, para que possa impugná-las (art. 550, § 2.º, do CPC). Em havendo insurgência sobre elas, caberá a apreciação judicial em nova sentença, se necessário recorrendo à instrução do feito. Essa impugnação, de todo modo, não pode ser genérica, devendo o autor da demanda oferecer razões específicas, apontando expressa e exatamente o lançamento questionado (art. 550, § 3.º, do CPC).

Diante dessa impugnação, cabe ao juiz estabelecer prazo razoável para que o requerido traga documentos justificativos dos lançamentos impugnados (art. 551, § 1.º, do CPC). Em que pese a exigência, inicial, de que o réu agregue às contas que prestara os documentos "gerais" referentes a essas contas, é evidente que, diante da impugnação de um determinado lançamento em especial, deve-se facultar-lhe a prova da sua exatidão. Assim, não se pode tomar o dispositivo em questão em sua acepção literal, ou seja, como se as contas inicialmente apresentadas pelo réu pudessem vir destituídas de qualquer comprovação. Obviamente, contas assim prestadas teriam muito pouca utilidade, e dariam azo a infindáveis impugnações. Por isso, já as contas prestadas devem ser comprovadas desde o início; o que, todavia, não afasta a faculdade dada ao réu de, impugnado determinado lançamento, providenciar prova específica de sua regularidade.

Debatidas as contas oferecidas, sobrevirá a sentença que encerra a fase do conhecimento.

Se essa sentença apurar a existência de erro nas contas e, portanto, de saldo a ser restituído, servirá ela de título executivo judicial, que inaugurará nova fase de cumprimento de sentença para a recuperação dos valores devidos (art. 552, do CPC). Esse cumprimento de sentença obedecerá, por óbvio, as disposições do cumprimento de sentença, realizando-se nos mesmos autos da fase de conhecimento.[9]

Caso o réu, no prazo concedido na primeira decisão, deixe de prestar as contas, faculta-se ao autor da ação a apresentação de contas suas no prazo de quinze dias (art. 550, § 6.º, do CPC). Tais contas, assim como aquelas prestadas pelo réu, devem ser oferecidas "na forma adequada, já instruídas com os documentos justificativos, especificando-se as receitas, a aplicação das despesas e os investimentos, se houver, bem como o respectivo saldo" (art. 551, § 2.º, do CPC).

Estas contas, apresentadas pelo autor, serão criticamente apreciadas pelo juiz, que poderá socorrer-se de prova pericial para examinar sua adequação. Entendendo regulares estas contas, e havendo saldo em favor do autor, o juiz proferirá sentença (da segunda fase) em que condenará o réu ao pagamento dessa importância, servindo a sentença como título executivo que abrirá nova fase no processo (de cumprimento de sentença) a ser realizada nos moldes do cumprimento de sentença.

3.4. A prestação de contas exigida incidentalmente em outro processo

Como se viu, o dever de prestar contas pode constituir dever processual, imposto em outro processo. Em casos como o do inventário ou do depositário judicial, é certo que – diante do dever de administrar bens atribuídos a esses sujeitos – pode-se exigir que eles prestem contas daquilo que fizeram com aquilo que lhes foi confiado.

Nesses casos, porém, já que a administração dos bens não decorre de lei ou de negócio jurídico, mas advém diretamente de imposição judicial, em processo próprio, seria totalmente descabido imaginar que a prestação de contas se desse por meio de ação separada, de prestação de contas, criando outro processo apenas para esse fim. A exigência das contas, então, será feita no mesmo processo em que ocorreu a nomeação desses sujeitos, devendo essas contas ser prestadas em apenso aos autos principais (art. 553 do CPC).

A par da dispensa de processo próprio para exigirem-se essas contas, o ordenamento processual dota o magistrado também de poderes especiais, para a recuperação de eventual saldo devido. Assim, afirma o art. 553, parágrafo único, que sendo condenado a pagar o saldo e não o fazendo no prazo legal, o juiz poderá destituí-lo, sequestrar os bens sob sua guarda, glosar o prêmio ou a gratificação a que teria direito e determinar as medidas executivas necessárias à recomposição do prejuízo.

Vê-se, então, que neste modelo especial de apuração das contas não está o procedimento de recuperação do saldo adstrito à forma tradicional da execução de créditos. Ao contrário, permite-se a adoção de técnicas diretamente sub-rogatórias ou até mesmo coercitivas, de modo a obter o mais prontamente a recomposição do prejuízo causado pelo administrador.

Justifica-se esse sistema mais agressivo à vista da natureza judicial do dever de administração que foi imposto. Assim, a infração aos deveres inerentes a esse *munus*

público deve ser prontamente reprovada, com a mais pronta e efetiva recuperação do dano eventualmente causado.

[1] "A ação de prestação de contas pode ser proposta pelo titular de conta corrente bancária" (Súmula 259 do STJ).

[2] LUDWIG ENNECERUS, THEODOR KIPP E MARTIN WOLFF, *Tratado de derecho civil – Derecho de obligaciones*, vol. I, t. II, p. 99.

[3] V. as observações feitas no vol. 2 deste *Curso*,.

[4] V., nesse sentido, FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. XIII, p. 127; ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 304-305; OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, *Comentários…*, cit., vol. 13, p. 184.

[5] *V.g.*, CLÓVIS DO COUTO E SILVA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., vol. 11, t. I, p. 107.

[6] Nesse sentido, já entendeu o STJ que o autor não tem que detalhar – em ação de prestação de contas ajuizada contra estabelecimento bancário – os lançamentos que pretende ver justificados (v., STJ, AgRg no Ag 1.003.498/PR, 4.ª T., rel. Min. Aldir Passarinho Jr., *DJe* 17.11.2008; STJ, AgRg no Ag 691.760/PR, 4.ª T., rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJU* 10.12.2007).

[7] Cf. ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, *Comentários*…, cit., p. 302.

[8] ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, *Comentários…*, cit., p. 299-300; ANTONIO CARLOS MARCATO, *Procedimentos especiais*, cit., p. 139-140.

[9] STJ, REsp 1.026.610/RS, 4.ª T., rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJe* 12.08.2008.

Caso

Rubens foi morar fora do País por certo tempo, conferindo poderes a Carlos, para que, na condição de mandatário, administrasse seus bens no Brasil enquanto isso. Depois de ter voltado, ajuizou ação para que Carlos prestasse contas. Citado, em vez de contestar, apresentou prestação de contas ininteligível e desacompanhada de documentos. Diante da total inadequação das contas apresentadas, inclusive inviabilizando o contraditório do autor, o juiz determinou que Carlos procedesse à devida prestação no prazo de quinze dias, sob pena de não poder impugnar as que o autor apresentasse. Porém, Carlos recorreu dessa decisão, alegando que não estaria obrigado a prestar as contas, supostamente porque já o teria feito extrajudicialmente. Como deveria ser julgado esse recurso?

4. Ações possessórias

4.1. Considerações introdutórias

As ações possessórias competem a quem pretender proteger a posse de seus bens, sem discutir o domínio sobre os mesmos. No direito brasileiro, conhecem-se basicamente três formas de proteção possessória: a *reintegração de posse*, a *manutenção de posse* e o *interdito proibitório*. Poder-se-ia ainda aludir a outros mecanismos de proteção possessória, a exemplo da *ação de imissão na posse*, mas que não são tratados sob a forma de procedimento especial pelo Código de Processo Civil.

A distinção entre a *ação de reintegração* e a *ação de manutenção* tem íntima relação com a intensidade da agressão à posse. Para que alguém possa pedir reintegração, deve ter ocorrido a perda da posse – chamada de *esbulho*; para que se possa exigir manutenção, basta o incômodo no exercício da posse – chamado de *turbação* (art. 560, do CPC).

Contudo, a questão não é tão simples assim. É preciso saber quando há efetivamente perda da posse. De acordo com o art. 1.224 do CC, "só se considera perdida a posse para quem não presenciou o esbulho, quando, tendo notícia dele, se abstém de retornar a coisa, ou, tentando recuperá-la, é violentamente repelido". Os atos clandestinos, praticados na ausência do possuidor, não são suficientes para a perda da posse. A coisa somente se considera perdida quando o possuidor que não está na posse direta do bem, tendo notícia da agressão, abstém-se de retornar à coisa ou, tentando recuperá-la, é violentamente repelido. A agressão praticada na ausência do possuidor não leva à perda da posse; o que conduz à sua perda é o abandono ou mesmo a violência impeditiva da sua recuperação.

O interdito proibitório por sua vez é conferido àquele que, temendo o esbulho ou a turbação iminentes, objetiva impedir agressão à sua posse (art. 567 do CPC). Para o cabimento do interdito possessório, o autor deve provar a probabilidade de iminente agressão à posse. Neste caso, fala-se em "justo receio", que nada mais é do que a necessidade de o autor demonstrar a probabilidade de iminente agressão à sua posse. Assim, além de evidenciar que é possuidor, o autor deve também demonstrar que a sua posse está sendo ameaçada de turbação ou de esbulho. A ação de interdito possessório não pode se basear em temor meramente subjetivo, devendo ser caracterizado a partir de elementos objetivos. Não obstante, embora tenha como pressuposto o "justo receio" de moléstia na posse, o interdito possessório também pode ser requerido para evitar a repetição de atos de agressão à posse. Quando, após a turbação ou o esbulho, o exercício da posse já esteja estabilizado ou a posse tenha sido recuperada – não mais existindo turbação ou esbulho, poderá surgir o "justo receio" de nova turbação ou esbulho, havendo lugar para a ação de interdito proibitório, isto é, para a tutela voltada a inibir a

repetição da turbação ou do esbulho.

Trata-se o interdito proibitório de ação nitidamente preventiva. Daí não ser de impressionar o fato de já ter sido confundida com a ideia de tutela cautelar, nada obstante a sua evidente autonomia, pois o possuidor, por meio dela, deseja apenas prevenção. Nela não há referibilidade. Essa ação preventiva viabiliza tutela antecipatória e sentença que podem ordenar sob pena de multa – decisões mandamentais. Ela somente foi confundida com a cautelar pelo fato de conter técnicas processuais (técnica antecipatória e sentença mandamental) que não estavam presentes no processo de conhecimento clássico.

Atualmente, diante da percepção da importância da tutela preventiva dos direitos, e nessa linha da necessidade de o processo estar munido de técnicas processuais idôneas para viabilizá-la, não há mais como confundir interdito proibitório com ação cautelar. Diante das técnicas processuais contidas nos arts. 497 e 536 do CPC, que, repetindo a previsão do art. 461, do CPC de 1973, abriram as portas para uma ação preventiva autônoma – a ação que visa à obtenção de tutela inibitória –, o interdito proibitório pode ser compreendido de maneira mais adequada, pois nada mais é do que um procedimento instituído para dar tutela preventiva à posse.

4.2. As ações possessórias clássicas, a ação de imissão de posse e a ação reivindicatória

A ação de reintegração de posse é fundada na posse e a ação de imissão de posse é baseada em documento que outorga direito à posse. Quando a posse é perdida em virtude de ato de agressão – chamado de esbulho –, surge àquele que o sofreu, a ação de reintegração de posse, pela qual o autor objetiva recuperar a posse de que foi privado.

Ainda que a ação de imissão de posse e a ação de reintegração de posse objetivem a posse, a primeira é a ação daquele que possui direito à posse contra aquele que tem a obrigação de transferi-la, ao passo que a ação de reintegração é a ação do possuidor – fundada na posse – contra quem cometeu o esbulho. Se a ação de reintegração de posse objetiva dar proteção ao fato jurídico “posse”, a ação de imissão de posse visa a realizar o direito à posse.

A ação de reintegração de posse, ao contrário das ações de imissão de posse e reivindicatória, não é petitória, mas sim possessória. Houve por muito tempo confusão entre ação reivindicatória e ação de imissão na posse. A confusão entre essas ações deriva de dois pontos. Em primeiro lugar, do fato de não se perceber que a ação reivindicatória compete ao proprietário (também ao condômino e ao enfiteuta) – pois se funda no domínio –, enquanto a ação de imissão na posse tem como titular não apenas o adquirente, mas todo aquele que possui documento em que o alienante lhe outorgou o direito de se imitir na posse – uma vez que se baseia no direito à posse. Em segundo lugar, da não percepção de que a imissão na posse é de cognição parcial, vale dizer, limitada, pois apenas permite que o réu se defenda alegando vício do documento que

confere o direito à posse, enquanto a ação reivindicatória é de cognição plena, nela não existindo qualquer restrição às alegações de defesa.

Em determinadas hipóteses, porém, é cabível a ação de imissão de posse ou a ação reivindicatória, dependendo a opção da preferência do adquirente. Se este entender que é conveniente limitar a discussão somente ao direito à posse, estampado no contrato, deverá propor ação de imissão. No entanto, se o seu entendimento for o de que a ação deve se fundar no domínio – e que assim não há razão para restrição da discussão –, deverá ser ajuizada ação reivindicatória.

O adquirente tem direito a ambas as ações. Além de poder se imitir na posse da coisa por meio da ação de imissão de posse, poderá, quando entender que deve se fundar no domínio, propor ação reivindicatória. A diferença é que, enquanto na ação de imissão somente é possível discutir o direito à posse, na ação reivindicatória discute-se o domínio, e por isso as alegações de defesa são ampliadas.

Formada a coisa julgada na ação reivindicatória, não será mais possível discutir o domínio. A sua vantagem em relação à ação de imissão na posse, assim, será a de dar ao autor uma sentença que define a discussão em torno do domínio. O julgamento definitivo da ação de imissão não impede a discussão do domínio na ação reivindicatória.

4.3. A fungibilidade da proteção possessória

Pelo art. 554 do CPC, está autorizada a fungibilidade entre as formas de tutela possessória. Por isso, ainda que pleiteada a manutenção de posse, poderá ser concedida a reintegração, se essa for a proteção adequada; poderá ser oferecida a reintegração de posse, se pleiteado o interdito proibitório, mas a tutela demorar a ser prestada etc. Vale dizer que basta a descrição da violação possessória apresentada para que o Estado tenha a obrigação de conferir a tutela adequada.

A norma expressamente alude, apenas, à fungibilidade *entre as tutelas possessórias* (reintegração de posse, manutenção de posse e interdito proibitório), estando descartadas deste âmbito, desse modo, as ações reivindicatória e de imissão de posse, que não são possessórias, mas sim petitórias (fundadas no domínio). Ou seja, o juiz pode conceder a tutela possessória adequada, de acordo com o que restar provado no caso concreto, independentemente da espécie da ação possessória (pedido) proposta, partindo-se do pressuposto de que o importante é discutir e demonstrar a posse (causa de pedir das ações possessórias). Isto porque, por exemplo, o incômodo à posse (turbação) pode se transformar, no curso do tempo, em usurpação da posse (esbulho), assim como a ameaça de turbação ou de esbulho pode se transformar em real turbação ou em verdadeiro esbulho.

4.4. Cumulação de pedidos em tutela possessória

O art. 555 do CPC admite a cumulação do pedido possessório aos pedidos de perdas e danos, indenização de frutos e inibição de novo esbulho ou turbação, a par do requerimento de medidas judiciais tendentes ao cumprimento da "tutela provisória ou final".

O direito ao ressarcimento permite que o autor obtenha indenização pelo dano que sofreu e por aquilo que deixou de ganhar em virtude do esbulho. Nesse caso, é possível que o juiz, diante da cumulação dos pedidos de reintegração de posse e perdas e danos, entenda, em determinado momento, que o processo deva prosseguir somente para permitir a elucidação das perdas e danos, já que a questão possessória se tornou incontroversa ou esta pronta para ser julgada (art. 356, I e II, do CPC). De fato, considerando que a questão possessória normalmente tem solução mais simples do que a discussão referente à indenização de prejuízos, é natural que o litígio sobre a posse esteja maduro para julgamento antes do restante da controvérsia. Nesse caso, seria um despropósito fazer com que a questão possessória ficasse indefinida, aguardando a instrução dos outros pedidos do processo. Por isso, e acolhendo solução por nós proposta ainda na vigência do código anterior, hoje se prevê expressamente a possibilidade de cisão do julgamento, de modo que a proteção possessória seja definitivamente outorgada, ainda que o restante da controvérsia penda de instrução e debate.

Nesses casos, tratando-se de julgamento parcial de mérito (art. 356, II, c/c o art. 355, I, do CPC), o ato judicial será considerado como decisão interlocutória, sujeitando-se a agravo de instrumento, nos termos do que prevê o art. 356, § 5.º, do CPC.

O pedido de "medida necessária e adequada" para a evitar novo esbulho ou turbação – que pode conduzir, como se infere do art. 555, parágrafo único, I, do CPC, ao emprego de medidas de indução e de sub-rogação – nada mais é do que a aplicação do mandamento para a inibição de novo esbulho ou turbação, ou seja, para garantir tutela inibitória à posse (art. 497, parágrafo único, do CPC). Por isso, tais medidas necessárias e adequadas podem consistir em qualquer técnica processual não vedada pela ordem jurídica, e que resultem em eficaz proteção possessória preventiva. Assim, por exemplo, o juiz pode utilizar a multa coercitiva para inibir novo esbulho ou turbação (art. 537 do CPC). Também pode determinar que oficial de justiça, com auxilio de força policial, iniba novo esbulho ou turbação (art. 536, § 1.º, do CPC). Enfim, tem o magistrado à sua disposição um amplo leque de mecanismos, sendo certo que só a análise do caso concreto poderá indicar qual o instrumento mais recomendável para impedir a repetição do esbulho ou da turbação ocorridos.

O Código de Processo Civil de 2015 não repetiu preceito existente no Código anterior, que autorizava o autor a cumular ao pedido possessório o pedido de "desfazimento de construção ou plantação feita em detrimento de sua posse". Todavia, essa omissão não deve ser interpretada como uma vedação à possibilidade dessa cumulação. Isto porque a sentença de procedência da demanda possessória, ao declarar o esbulho, declara a ilicitude do que feito em detrimento da posse. Seria, por isso, absolutamente incongruente que se imaginasse que, reconhecida a ilegalidade dessa construção, tivesse o possuidor

reintegrado ou manutenido que conviver com as construções ilegais ou com as plantações indesejadas realizadas sobre o bem.

De outro lado, essa providência não implica simples "condenação" ao desfazimento, mas constitui verdadeira eficácia executiva da sentença. Como é declarada a ilicitude da construção ou da plantação, não há o menor cabimento em *condenar* o réu a desfazer, uma vez que, para a tutela do direito, não é preciso esperar uma prestação, sendo necessária, ao revés, apenas a prática de atos executivos por parte do próprio órgão jurisdicional para a remoção do ilícito. O juiz pode determinar o desfazimento por intermédio de auxiliar do juízo ou ordenar o desfazimento sob pena de multa ou de outro meio coercitivo adequado (art. 536, do CPC).[1] Não há sentido em obrigar o vencedor a custear as despesas para o desfazimento de construções e plantações. Ou seja, não há razão para se dar àquele que não tem direito – diante da sentença de procedência – a possibilidade de se negar a pagar as despesas necessárias para a destruição da construção ou da plantação indevidamente realizadas. Isso seria o mesmo que admitir que o autor deve pagar pelo erro do réu. Ademais, é possível que o autor não tenha condições financeiras para custear as despesas desse desfazer ou para antecipar as valores necessários sem prejuízo próprio. Nessa linha, e diante da consagração do uso dos meios de indução e de sub-rogação para a obtenção de prestações de fazer (art. 536, do CPC), é correto admitir que o juiz, mesmo que perante o procedimento especial de reintegração de posse, possa determinar, ao esbulhador, o pagamento das despesas necessárias ao desfazimento, sob pena de multa.

O desfazimento não tem sentido quando gerar ônus para o réu e não trouxer benefício para o autor ou, pior, quando puder acarretar desvantagem ao próprio autor. Nessas hipóteses é vedado o desfazimento, já que nenhuma utilidade se visualizaria na medida.

4.5. Duplicidade da demanda possessória e cumulabilidade de demandas na defesa

O art. 556, do CPC permite que o réu, na própria contestação – e assim sem a necessidade de reconvenção –, possa se voltar contra o autor, demandando proteção possessória e indenização. Assim, outorga-se ao réu o direito de requerer duas tutelas na própria contestação.

Proposta ação de reintegração de posse, o réu, em sua contestação, pode demandar manutenção, alegando que a posse é sua e, assim, que sofreu turbação – ou mesmo esbulho, embora já tenha retomado a posse de mão própria. Diante disso, pode ainda postular indenização pelos danos sofridos.

O mesmo raciocínio é válido na hipótese inversa, em que é proposta ação de manutenção de posse. Em ambos os casos, embora o réu possa requerer tutela do direito na contestação, dispensando-se a reconvenção, cabe-lhe obviamente afirmar e provar os seus direitos à proteção possessória e à indenização (art. 373, I, do CPC).

Sabe-se, por outro lado, que o possuidor de má-fé é obrigado a indenizar os frutos que percebeu, os que colheu por antecipação e os que o possuidor deixou de perceber por sua culpa (art. 1.216 do CC).[2] Assim, o réu pode alegar esbulho do autor e demandar tutela de reintegração de posse cumulada com tutela ressarcitória dos frutos. Essa tutela ressarcitória pode ser específica (com base no art. 497, do CPC) – pedindo, o autor, a entrega de frutos da mesma espécie e qualidade – ou pelo equivalente. Nesses casos, para a definição do dano, as despesas de produção e custeio devem ser levadas em consideração para que não ocorra enriquecimento ilícito, expressamente vedado pelo art. 884 do CC.

4.6. Reserva de cognição no processo possessório

Dispunha o art. 505 do CC/1916 que "não obsta à manutenção, ou reintegração na posse, a alegação de domínio, ou de outro direito sobre a coisa. Não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio". O STF, dando interpretação a esta norma, editou a Súmula 487, que afirma que "será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada". Posteriormente, o art. 923 do CPC/1973 afirmou que "na pendência do processo possessório é defeso assim ao autor como ao réu, intentar a ação de reconhecimento do domínio. Não obsta, porém, à manutenção ou 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". Como se vê, aquele art. 923 do CPC revogou a segunda parte do art. 505 do CC/1916, uma vez que a norma do antigo Código Civil dizia que não se pode julgar a posse em favor de quem não tem o domínio, ao passo que o dispositivo do Código de Processo Civil de 1973 estabelecia, de modo categórico, que a posse deveria ser julgada em favor daquele que possui o domínio. Desde então, portanto, a exceção de domínio deixou de proteger aquele que pode ser proprietário para passar a tutelar aquele a quem evidentemente pertencesse o domínio. Posteriormente, a Lei 6.820/1980 suprimiu a segunda parte do art. 923 do CPC/1973. Perguntou-se, então, se a revogação da segunda parte do art. 923 do CPC/1973, que por sua vez havia revogado o art. 505 do CC/1916, teve o condão de restaurá-lo. Concluiu-se acertadamente que não, a partir do art. 2.º, § 3.º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. A revogação da lei revogadora não restaura a lei primitivamente revogada. Além disto, das razões da Lei 6.820/1980, que revogou a segunda parte do art. 923 do CPC/73, não se poderiam inferir intuitos repristinatórios. Por isso, desde então, não há mais como se falar em exceção de domínio nas ações possessórias.

Em vista disso, prevê o art. 557 do CPC atual que "na pendência de ação possessória é vedado, tanto ao autor quanto ao réu, propor ação de reconhecimento do domínio, exceto se a pretensão for deduzida em face de terceira pessoa". E, mais que isso, estabelece o parágrafo único, desse mesmo preceito, que "não obsta à manutenção ou à reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa".[3]

O juízo da ação possessória, para realmente viabilizar o alcance da tutela possessória,

não pode se permitir discussões inerentes ao domínio, sob pena de a tutela jurisdicional, que deveria ser outorgada à posse, ser deferida sempre em favor do proprietário. Note-se que o possuidor esbulhado pelo titular do domínio sequer teria razão para propor a ação de reintegração de posse, já que o proprietário-demandado sempre receberia, em seu favor, a tutela jurisdicional. É a própria autonomia do conceito de posse diante da propriedade que exige a limitação na cognição.

Não há dúvida que a restrição à discussão do domínio é constitucional. Tal restrição não viola o direito de propriedade, e, muito menos, o direito de defesa ou o direito de ação. A restrição tem o objetivo de tornar possível a prestação de uma forma de tutela jurisdicional imprescindível à situação jurídica de possuidor. Não há posse ou situação jurídica de possuidor sem tutela jurisdicional possessória e não há efetiva e adequada tutela jurisdicional possessória sem restrição à discussão do domínio. Não fosse assim, a posse e o possuidor estariam ao desamparo da tutela do Estado.

Desse modo, a restrição, além de estar fundada na posse, está baseada no direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva dos direitos (art. 5.º, XXXV, da CF). A propriedade pode ser tutelada mediante o exercício do direito de ação depois de esgotado o juízo possessório.

Outrossim, a Súmula 487 do STF, ao afirmar que "será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada", não tem mais qualquer aplicabilidade diante das ações possessórias. Atualmente, para se dar utilidade à referida súmula, é preciso sustentar que a exceção de domínio é permitida na ação petitória. Isto ocorre quando o autor pede, na ação reivindicatória, a recuperação da posse fundada no domínio e o réu contesta com base na propriedade. A propriedade pode ser tutelada mediante o exercício do direito de ação, depois de esgotado o juízo possessório. O STF já decidiu não haver inconstitucionalidade na restrição à discussão do domínio.[4]

Finalmente, vale recordar que é completamente harmônico com esse entendimento o disposto no art. 1.210, § 2.º, do CC e no art. 557, parágrafo único, do CPC, a dizerem que "não obsta à manutenção ou à reintegração na posse a alegação de propriedade ou de outro direito sobre a coisa". Por outras palavras, embora tais regras não proíbam expressamente a discussão da propriedade no processo possessório, tornam totalmente irrelevante essa discussão para a procedência da proteção possessória. Ao demonstrarem essa irrelevância, fazem com que seja absolutamente impertinente a alegação de domínio no processo possessório, já que nenhum efeito decorrerá do aporte desse tema ao feito.

4.7. Ação de *força velha* e ação de *força nova*

Nos termos do que afirma o art. 558 do CPC, o procedimento de manutenção e de reintegração de posse seguem o rito especial dos arts. 554 e ss., quando proposto dentro de ano e dia da turbação ou do esbulho afirmado na petição inicial; depois deste prazo, o procedimento continua sendo possessório, mas tramitará pelo rito comum. A partir dessa

premissa, tem-se dividido a ação possessória que merece o rito especial – intentada dentro de ano e dia do ato violador da posse (ação de *força nova*) – e aquela que não se sujeita ao regime especial, tramitando pelo rito comum – porque a medida somente foi ajuizada depois daquele tempo (ação de *força velha*).

Há que se fazer a distinção entre *procedimento possessório* e *tutela possessória*[5] para se deixar claro que a circunstância de a ação ser proposta dentro de ano e dia nada tem a ver com a tutela possessória e com a discussão da posse. A ação, seja ou não proposta dentro de ano e dia, sempre será fundada no fato jurídico posse e almejará a tutela possessória. Como é evidente, o direito à tutela possessória não perde o seu conteúdo pelo fato de ter passado o prazo de ano e dia. O que varia, conforme tenha ou não passado ano e dia, é o procedimento, ou melhor, são as técnicas processuais cabíveis para tutela do direito à posse. Atualmente, o que varia é apenas o emprego da técnica antecipatória, que, quando passado ano e dia, exige, além dos requisitos do art. 562 do CPC, a demonstração de uma situação de urgência ou de um dos casos de evidência indicados pelo Código (arts. 300 e 311 do CPC).

Por outras palavras, pode-se afirmar que, no sistema atual, a grande diferença entre as ações de *força nova* e as de *força velha*, em matéria possessória, está *nos requisitos a serem demonstrados para a concessão da tutela liminar possessória*.[6] Para a ação de *força nova*, tem-se prova mais simples, já que bastará a demonstração da posse – estando o risco de demora presumido pelo legislador –, para que seja garantida ao requerente a medida liminar. Em se tratando de ação de *força velha*, porém, será necessário que o requerente demonstre a coexistência dos requisitos do art. 300 do CPC, de modo que deverá demonstrar não apenas a probabilidade de seu direito, mas ainda, a existência do *periculum in mora* para que lhe seja outorgada a proteção provisória, ou, eventualmente, os requisitos do art. 311 do CPC, que tratam de situações em que a proteção provisória se dá em face da "evidência" do direito do autor. Em todos os casos, porém, é necessário admitir o cabimento da proteção liminar antecipatória, não havendo nada que justifique a exclusão dessa tutela para as ações de posse velha, se houver a presença dos requisitos necessários para a outorga dessa medida.

De fato, embora não exista dúvida que a tutela de reintegração de posse exija sentença executiva, qualquer que seja o prazo decorrido do esbulho, alguma dúvida poderia existir em relação à oportunidade da técnica antecipatória quando já passado ano e dia. Para a concessão de antecipação da tutela, no procedimento especial, basta a presença dos requisitos do art. 562 do CPC, sendo dispensável a afirmação e a demonstração de perigo. A urgência da reintegração de posse é presumida pelo legislador quando a ação é proposta dentro de ano e dia. Entretanto, o legislador presumiu o contrário quando estabeleceu o não cabimento do procedimento especial no caso de esbulho praticado há mais de ano e dia. Assim, quando a reintegração de posse for requerida depois de ano e dia, não será suficiente, para a obtenção da tutela antecipatória, apenas a prova dos requisitos do art. 562 do CPC. Isso, porém, não pode levar à conclusão de que nesse caso

o autor jamais terá necessidade de tutela antecipada. Tudo dependerá das circunstâncias do caso concreto.

Em síntese, a tutela antecipatória, depois de passado ano e dia do esbulho, é admissível, embora exija a prova dos requisitos do art. 562 do CPC somada aos outros requisitos que autorizam a tutela satisfativa antecipada, de modo geral.[7]

Enfim, enquanto não passado ano e dia da turbação ou do esbulho, a tutela possessória apenas pode ser requerida mediante o procedimento estabelecido a partir do art. 560 do CPC, isto é, do chamado procedimento especial.

Ultrapassado esse prazo, o rito será o comum, o que, todavia, não implica sua inidoneidade para a tutela possessória. A partir da correta leitura do art. 558 do CPC, é certo que a reintegração de posse pode se valer da sentença executiva, sendo também indiscutível, como já visto, o cabimento de antecipação de tutela também nesta demanda. De toda sorte, é possível dizer que a reintegração de posse, ainda que já passados ano e dia, encontra no art. 558 do CPC, forma processual capaz de conferir-lhe efetividade. O mesmo ocorre quando a turbação data de mais de ano e dia. Nesta hipótese, sendo necessárias as técnicas processuais do art. 536 do CPC (aplicáveis por força do art. 538, § 3.º), esse certamente pode ser invocado como fundamento processual para o requerimento da tutela de manutenção de posse.

O prazo de menos ano e dia, necessário para a utilização do procedimento especial, começa a correr depois do conhecimento do ato de agressão à posse. A agressão possessória praticada sem o conhecimento do possuidor não é suficiente para gerar a abertura do prazo. Os atos clandestinos, praticados na ausência do possuidor, não são suficientes para o ausente perder a posse. A coisa somente se considera perdida quando o ausente, tendo notícia da agressão, se abstém de retornar à coisa ou, tentando recuperá-la, é violentamente repelido.

Para a contagem do prazo de ano e dia é imprescindível distinguir os atos preparatórios da consumação do esbulho. Se a consumação do esbulho requer vários atos antecedentes, estes atos são considerados preparatórios. Ou melhor, se o esbulho, para se caracterizar, exigir a prática de uma série de atos, o prazo de ano e dia deve ser contado a partir do último ato praticado, que consumou o esbulho.

4.8. Proteção possessória provisória e caução

Segundo o art. 559 do CPC, o réu pode pedir ao juiz que ordene ao autor que proceda à caução, sob pena de ser depositada a coisa litigiosa. Para tanto deverá provar que o autor, provisoriamente mantido ou reintegrado na posse, carece de idoneidade financeira para responder por perdas e danos no caso de sucumbir no processo.[8]

O requerimento do réu deve ser feito nos próprios autos da ação possessória. Deverá

estar instruído com prova suficiente dessa inidoneidade financeira, ou, eventualmente, com requerimento de produção de prova nesse sentido (prova oral, por exemplo). Acolhida a alegação, o juiz dará prazo de cinco dias para que o autor apresente caução, real ou fidejussória, suficiente, sob pena de ser depositada – perante depositário indicado pelo juízo – a coisa litigiosa. Exclui-se do dever de prestar caução a parte economicamente hipossuficiente, embora nesse caso recomende-se ainda maior cautela para o deferimento da medida liminar.

Embora sem exigir expressamente os pressupostos da tutela cautelar, a medida possui nítido caráter assecuratório, pois objetiva garantir a efetividade do ressarcimento do dano provocado pelo autor que, provisoriamente mantido ou reintegrado na posse da coisa, resulta vencido na demanda possessória. O caráter assecuratório da medida torna-se ainda mais evidente quando se verifica que, no caso de o autor não requerer a caução, o juiz deve determinar o depósito judicial da coisa litigiosa, o que equivale pragmaticamente ao sequestro.

Não obstante a norma determinar que o réu pode provar em qualquer tempo, o requerimento para o autor prestar caução somente pode ser feito enquanto perdurar a decisão liminar. O réu pode exigir a prestação de caução em qualquer momento do período em que o autor estiver provisoriamente na posse do bem, desde que prove a inidoneidade financeira do autor. Consumida a liminar pela sentença de procedência, o autor não estará mais provisoriamente na posse da coisa, sendo descabido o pedido para o autor requerer caução.

Como prevê o dispositivo, o juiz não pode exigir que o autor requeira caução em dinheiro. A caução pode ser fidejussória ou real. A apresentação da certidão do registro do imóvel que se pretender oferecer em caução, ainda que reduzida a termo, obviamente não constitui caução ou garantia. Sabe-se que as garantias reais sobre imóveis se constituem por escritura pública. Assim, neste caso, será idônea a hipoteca, a ser prestada por escritura pública.

4.9. As ações de manutenção e de reintegração de posse

A manutenção requer turbação, que significa incômodo ao exercício da posse. A ação de manutenção objetiva tutelar o exercício da posse em condições normais, afastando os atos que, sem a usurparem, dificultam o seu exercício. Já a reintegração pressupõe a perda da posse em razão de ato de agressão, dito esbulho. A ação de reintegração visa à recuperação da posse de que o possuidor foi privado pelo ato do esbulhador.

4.9.1. Legitimidade para a ação de manutenção e reintegração de posse

Evidentemente, legitimado ativo para a ação possessória é aquele que se afirma possuidor do bem. Pouco importa se ele detém, também, a condição de proprietário, já que a ação possessória não se funda no direito real do domínio, senão no fato jurídico

“posse”.

Do mesmo modo, no polo passivo da demanda, deverá figurar aquele que se supõe haja infringido a posse alheia. A demanda, porém, poderá ser ajuizada contra terceiro, que embora não seja o esbulhador, recebeu a coisa sabendo ser produto de esbulho, nos termos do que prevê o art. 1.212 do CC.

Questão delicada, em matéria de legitimidade para a ação possessória diz respeito à situação da pessoa casada. Rege a questão o disposto no art. 73, § 2.º, do CPC, que afirma que “nas ações possessórias, a participação do cônjuge do autor ou do réu somente é indispensável nas hipóteses de composse ou de ato por ambos praticado”. Assim, salvo quando ambos os cônjuges exerçam a posse concomitante do bem, ou quando hajam conjuntamente praticado o ato de violação possessória, dispensa-se a participação de ambos no processo. Ressalte-se, por outro lado, que em havendo as situações descritas, o litisconsórcio será necessário *tanto no polo ativo, como no passivo* da demanda. Caso o cônjuge do autor não tenha interesse em ajuizar a medida com ele, deverá então figurar no polo passivo da demanda, já que sua presença no processo é obrigatória, como prevê o texto legal.

O tema da composse comum – ou seja, que não se dá entre cônjuges – merece referência específica, em razão de suas peculiaridades. A composse é o exercício de posses simultâneas sobre coisa indivisa. É classificada em *localizada* (com exercício localizado) e não *localizada.* Quando a composse é localizada, como no caso de compossuidores que semeiam partes localizadas do imóvel, não há dúvida que o compossuidor pode postular proteção possessória contra terceiro ou contra outro compossuidor. Porém, mesmo no caso de posse não localizada, não há como negar, ao compossuidor, a tutela possessória contra terceiro ou outro compossuidor que atente contra a sua posse, à vista do art. 1.199 do CC, que refere claramente que o compossuidor pode exercer sobre a coisa “atos possessórios, contanto que não excluam os dos outros compossuidores”.

Nesse caso, portanto, não haverá a necessidade da formação do litisconsórcio, podendo mesmo um compossuidor demandar proteção possessória em face de outro. Há, portanto, legitimidade disjuntiva entre eles para a proteção em questão.

Quanto à figura do detentor há que se distinguir duas situações, já que a detenção pode ser exercida de duas maneiras. Alguém pode deter a coisa no *interesse de outrem* ou no *seu próprio interesse*. De acordo com o art. 1.198 do CC, “considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas”. Neste caso, aquele que detém a coisa está subordinado ao possuidor; em seu nome e sob as suas ordens “*conserva”* a posse. Há relação de dependência entre o detentor e o possuidor. Por isto mesmo, este detentor é chamado *detentor dependente*. É certo que o mesmo não tem direito à tutela possessória contra o possuidor (em nome de quem conserva a posse).

Porém, o detentor dependente, ao contrário do detentor interessado, não tem direito à tutela nem mesmo contra agressões de terceiros. Em caso de violência, diante do detentor dependente, a tutela contra os terceiros é exclusiva do possuidor.

Segundo o art. 1.208 do CC, "não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade". Neste caso, como está claro, não há aquisição da posse; há apenas detenção da coisa. A diferença é que esta detenção não é exercida em nome do possuidor. O detentor não conserva a posse de outrem estando apenas sob as suas ordens. Há mera permissão ou tolerância ou, ainda, atos violentos ou clandestinos. O detentor, assim, age em *seu próprio interesse*. Há o que se chama de *detenção interessada*. É evidente que o detentor interessado não tem tutela possessória contra o possuidor. Contudo, o detentor interessado tem direito à tutela contra agressões de terceiros.

Outra questão complexa diz respeito à ação possessória ajuizada em face de uma multidão de pessoas. O tema, porém, recebe hoje tratamento específico no Código de Processo Civil, razão pela qual será examinado mais adiante.

4.9.2. O interesse jurídico na proteção possessória

Nem toda violação possessória admitirá a proteção pela via aqui estudada. Embora não se exija formalidades na posse exercida, é certo que há limites para a conferência dessa tutela.

As servidões aparentes, por exemplo, ainda que não tituladas, podem admitir a tutela possessória.[9] Por outro lado, porém, as servidões não aparentes somente admitem proteção possessória quando os títulos provierem do possuidor do prédio serviente, ou daqueles de quem este os houver (art. 1.213 do CC).

Vale ainda recordar que a tutela possessória não é a tutela adequada à proteção dos bens imateriais – por exemplo, marca comercial, direito de invento e direito autoral.[10] Os tribunais admitiram no passado o uso das ações possessórias para a tutela de bens imateriais, como a marca comercial, o direito de invento e o direito autoral, em razão da ineficácia do procedimento comum ordinário do Código Buzaid. Antes dos arts. 273, 461 e 461-A do CPC/1973, tal como redigidos a partir da reforma processual de 1994, o procedimento comum ordinário era absolutamente incapaz de proporcionar efetividade à tutela dos bens imateriais. Por este motivo, chegou-se a admitir o uso do procedimento especial reservado à tutela possessória – mediante o qual sempre se pode obter tutela antecipatória e utilizar sentenças mandamental (ordem sob pena de multa) e executiva (por exemplo, mandado de busca e apreensão) – para a proteção da marca, do invento e do direito autoral.

Neste sentido, na época, decidira o extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais que "O

direito autoral, classificado como bem móvel pela Lei 5.988/1973, goza de atributo dominial e, nesta acepção, é passível de proteção possessória, sendo viável a utilização do interdito proibitório para impedir o uso não autorizado de obra artística, científica ou literária".[11] Tratando de marca comercial, afirmou, também naquele período, o TJSP que "Não há como se negar proteção à posse pleiteada por interdito proibitório se a autora é comprovadamente antecessora no uso e posse da marca comercial e permanece com a mesma, tendo alcançado o registro após tramitação tumultuada de longos anos no âmbito administrativo. Negar-lhe tal direito à proteção seria o mesmo que negar o próprio direito".[12] Partindo da premissa de que a marca comercial configura propriedade imaterial e, por isto, abre ensejo à tutela possessória, julgou o extinto Tribunal de Alçada do Paraná, também sob a égide do Código de Processo Civil revogado, antes da reforma de 1994, que "Como propriedade imaterial, o uso da marca comercial devidamente registrada pode ser objeto de defesa pelos interditos possessórios".[13]

É verdade que, para admitir o uso do procedimento reservado à tutela possessória, os tribunais afirmavam que os bens incorpóreos são suscetíveis de posse, conforme visto acima. Porém, o bem imaterial não é objeto de posse.[14] Lembra ARTURO VALENCIA ZEA que, "al lado de las cosas corporales o trozos de la naturaleza, el comercio moderno conoce los derechos patrimoniales que se ejercen sobre objetos inmateriales: derechos de autor, derechos industriales de marca, de clientela, de *good will* etc.". Alguns destes direitos (propriedade literária, artística, industrial etc.), diz o civilista, "pueden ser desconocidos o lesionados", quando o seu titular, "mediante acciones especiales, puede evitar el desconocimiento o lesión", as quais "tienen *gran semejanza con las acciones posesorias de conservación o recuperación*". Em conclusão, VALENCIA ZEA é enfático ao afirmar que "es necesario evitar el extender el objeto de la relación posesoria a estos objetos inmateriales".[15] Em verbete específico sobre os "bens materiais", publicado no célebre "Novissimo Digesto Italiano", PAOLO GRECO se posiciona no mesmo sentido, escrevendo que "sono inconcepibili per i beni immateriali le difese caratteristiche del diritto di proprietà, cominciando dalla *rei vindicatio*, così come la più caratteristica delle difese possessorie, quale l'azione di reintegrazioni".[16]

A incapacidade do antigo procedimento ordinário (previsto no Código de Processo Civil de 1973) para outorgar tutela antecipatória e efetiva aos direitos, tornou clara a importância do procedimento especial reservado à tutela possessória para a proteção dos bens imateriais. Isto certamente potencializou o interesse em sustentar que o bem incorpóreo é objeto de posse. Porém, este raciocínio revela uma lamentável confusão entre tutela do direito e procedimento. Ora, um bem não precisa ser suscetível de tutela possessória para poder ser tutelado através de determinado procedimento, dotado de técnicas processuais mais incisivas e efetivas. Ou melhor, um bem pode ser imaterial e não suscetível de proteção possessória e, ainda assim, se valer de procedimento igual ou semelhante ao reservado à tutela possessória.

Porém, na atualidade, além de o bem incorpóreo ser insuscetível de posse, há

procedimento adequado à tutela dos bens imateriais. A ação adequada à tutela destes bens pode ser construída com base nos arts. 497, 536 e 538 do CPC – o titular de bens imateriais tem direito à tutela inibitória e à tutela de remoção do ilícito para proteção de seus bens.

4.9.3. O caso peculiar do contrato de leasing

Preocupação especial suscita a questão do *leasing*. Sustentam-se duas teses para justificar a possibilidade de o credor obter reintegração de posse em caso de inadimplemento do contrato de *leasing*: (a) que, *diante de cláusula resolutiva expressa*, o simples inadimplemento das prestações é suficiente para caracterizar a resolução do contrato, e assim abrir margem para a reintegração de posse e (b) que, em face do inadimplemento, o credor *deve notificar* o devedor para caracterizar a mora e tornar ilegítima a posse sobre a coisa objeto do *leasing*, quando então surge como oportuna a ação de reintegração de posse.

Há julgados do STJ que entendem que a existência de cláusula resolutiva expressa nos contratos de *leasing* é suficiente para em caso de inadimplemento determinar a sua resolução. O inadimplemento diante dessa cláusula operaria a resolução do contrato, de modo que a partir daí, a posse sobre o bem objeto do *leasing* tornar-se-ia ilegítima, sendo então cabível a ação de reintegração de posse.[17]

Outros julgados do STJ entendem, entretanto, de maneira diversa.[18]

O uso da ação de reintegração de posse, diante do *leasing*, deriva de opção de técnica processual do demandante. Acontece que a principal característica da ação de reintegração de posse não decorre do seu procedimento especial, mas sim do fato de que a sua cognição deve ficar limitada à questão possessória. Na ação rotulada de reintegração de posse pelo credor do *leasing* há postulação de recuperação da coisa. Mas esse tipo de postulação também existe na ação reivindicatória e na ação de despejo, sem que estas possam ser consideradas possessórias.

O que faz que uma ação possa ser dita de reintegração de posse não é o seu pedido de recuperação da coisa e muito menos o seu procedimento, mas sim o seu fundamento. Ora, o fundamento da ação de reintegração de posse relativa ao leasing é o inadimplemento do contrato, e não a posse ou a sua violação. Mas, se o inadimplemento do contrato fosse capaz de originar ação de reintegração de posse, o não pagamento do aluguel, em face da locação, também deveria dar base para a reintegração de posse e não para a ação de despejo.

Note-se que o direito à recuperação da coisa não basta para fundar ação de reintegração de posse. Abrindo-se oportunidade para a discussão do contrato, a ação – por se basear na sua desconstituição – é de restituição da coisa, nos moldes da ação de despejo. A ação de reintegração de posse era utilizada em razão da inexistência de

procedimento, voltado para a recuperação da coisa, dotado de técnica antecipatória e sentença de executividade intrínseca. Ou seja, o que se desejava com o uso da ação de reintegração de posse eram apenas os benefícios do seu procedimento especial, esquecendo-se que essa ação possui cognição restrita à questão possessória.

Hoje, porém, há procedimento adequado para o exercício da ação de recuperação de coisa. Trata-se da forma processual instituída pelo art. 538 do CPC, que estabelece para a efetividade da restituição da coisa a sentença de executiva.

Frise-se que a constituição em mora não é pressuposto da ação de restituição e assim o objetivo da notificação pode ser alcançado com o exercício da ação, quando se dará ao demandado a oportunidade de purgar a mora. Por essa razão, a petição da ação de restituição, fundada no art. 538 do CPC, deve ser considerada imperfeita quando não descrever o valor da dívida atualizada até a data do seu ajuizamento e não fornecer os elementos necessários para a sua apuração. Nesta ação, o devedor pode purgar a mora até a contestação e discutir amplamente os termos do contrato.

4.9.4. A causa petendi *das ações possessórias*

Segundo descreve o art. 561 do CPC, na ação de manutenção e de reintegração de posse, deve o autor alegar e provar: (a) a sua posse; (b) a turbação ou o esbulho praticado pelo réu; (c) a data do ato violador (que terá importância para a aferição do rito a ser empregado); (d) o prosseguimento da posse, embora turbada, no caso da manutenção, ou a perda da posse, na medida reintegratória.

O art. 561 do CPC deixa claro que as ações possessórias são fundadas no fato jurídico "posse". As ações que objetivam a posse da coisa, mas são fundadas no domínio – ação reivindicatória – ou em direito à posse ou, mais precisamente, em documento em que o alienante outorga direito de se imitir na posse – ação de imissão na posse –, não são possessórias, mas sim petitórias.

A posse exterioriza-se pelo exercício de poder sobre a coisa. Porém, a visibilidade de que a pessoa está em contato com a coisa não é suficiente para caracterizar a situação jurídica de possuidor.

A qualificação de um fato como posse depende da investigação da sua origem e do título em que se diz fundada. Verificando-se a origem é possível distinguir o possuidor do detentor. Quem cultiva uma área, mas na qualidade de empregado, não merece tutela possessória.

Dando-se atenção ao título em que a posse se diz fundada é viável identificar, por exemplo, se o autor é arrendatário ou um clandestino que passou a cultivar a área. Neste caso, indaga-se sobre o arrendamento para se concluir se o autor realmente pode receber tutela possessória.

A turbação, que significa incômodo ao exercício da posse, abre oportunidade à manutenção de posse. A ação de reintegração pressupõe a perda da posse em razão de ato de agressão, dito esbulho. Tanto a turbação quanto o esbulho configuram, em regra, atos de agressão, podendo ser objetivamente demonstrados. Em alguns casos, porém, a verificação do esbulho ou da turbação dependerá da análise do título com base no qual a coisa está sendo utilizada.

A prova da data da turbação ou do esbulho é importante para evidenciar o direito ao uso do procedimento especial. Esse procedimento apenas pode ser utilizado quando a turbação ou o esbulho datam de menos de um ano e dia. O prazo, em que se inclui o *dies a quo*, somente é contado a partir da ciência da turbação ou do esbulho.

Como já se observou alhures, a agressão possessória praticada sem o conhecimento do possuidor não é apta a gerar a abertura do prazo. Os atos clandestinos, praticados na ausência do possuidor, não são suficientes para o ausente perder a posse. A coisa somente se considera perdida quando o ausente, tendo notícia da agressão, se abstém de retornar à coisa, ou, tentando recuperá-la, é violentamente repelido.

Para a contagem do prazo de ano e dia, é imprescindível distinguir os atos preparatórios da consumação do esbulho. Se a consumação do esbulho requer vários atos antecedentes, estes atos são considerados preparatórios. Ou melhor, se o esbulho, para se caracterizar, exige a prática de uma série de atos, o prazo de ano e dia deve ser contado a partir do último ato praticado, que consumou o esbulho.

No caso de atos repetitivos de turbação, ou seja, no caso de atos que configuram, cada um por si, turbação, o prazo deve ser contado a partir do primeiro ato de turbação. Porém, quando são praticados vários atos, sendo os primeiros não caracterizadores de turbação, o prazo de ano e dia deve ser contado a partir do ato que evidenciou a turbação.

4.9.5. Procedimento das ações de manutenção e reintegração de posse

A ação possessória se inicia por petição inicial, que deve observar os requisitos dos arts. 319 e 320 do CPC. A inicial deve ainda estar instruída com a prova da posse e do ato violador. Embora não se trate de documento essencial à propositura da ação (nos termos do que prevê o art. 320 do CPC), trata-se de prova essencial para que possa ser deferida liminarmente a proteção possessória.

Nesse sentido, fala o art. 562 do CPC em petição inicial devidamente instruída. A concessão da tutela possessória antecipada, todavia, nada tem a ver com a juntada dos documentos que necessariamente devem acompanhar a petição inicial, como o instrumento da procuração outorgada ao advogado. Ao aludir à petição inicial devidamente instruída, o art. 562 do CPC quer esclarecer que para a concessão da tutela antecipada é imprescindível prova documental, juntada com a petição inicial, capaz de demonstrar ainda que sumariamente os requisitos do art. 561 do CPC. Existindo prova documental capaz de

formar convicção suficiente acerca da presença dos requisitos do art. 561 do CPC, o juiz tem o dever de conceder a tutela possessória na forma antecipada.

Na ação de reintegração de posse, proposta dentro e ano e dia do esbulho, a tutela antecipatória pode ser concedida independentemente da afirmação de perigo (art. 562 do CPC). Para a concessão da antecipação da tutela no procedimento especial basta a presença dos requisitos do art. 561 do CPC, sendo dispensável a demonstração de perigo.[19]

Mas, quando a reintegração de posse é requerida depois de ano e dia, e assim com base no art. 538 do CPC, não é suficiente, para a obtenção da tutela antecipatória, apenas a prova dos requisitos do art. 561 do CPC. Porém, isto não quer dizer que, nesta situação, o autor jamais terá necessidade de tutela antecipada. Tudo dependerá das circunstâncias do caso concreto. Submetida esta demanda ao procedimento comum, será possível conceder tutela antecipatória se ficar evidenciado o perigo de dano ou restar demonstrado motivo que tenha obstaculizado a propositura da ação no prazo de ano e dia.

Portanto, a concessão de tutela antecipatória, depois de passado ano e dia do esbulho, exige a prova dos requisitos do art. 561 do CPC somada à prova de fato que autorize a concessão de medida antecipatória geral, nos termos dos arts. 294 e ss. do CPC.[20]

Se o juiz entender que os requisitos do art. 561 do CPC não estão demonstrados de modo suficiente pelos documentos juntados com a inicial, deverá determinar que o autor justifique previamente o alegado, designando para tanto audiência de justificação. Essa audiência apenas deve ser designada se o juiz não se convenceu de modo suficiente acerca do cumprimento dos requisitos do art. 561 do CPC por meio dos documentos anexados à inicial. No caso contrário, estando suficientemente convencido, deve conceder a tutela antecipada.

O juiz não tem a faculdade de designar a audiência de justificação. Tem o *dever* de designá-la ao verificar que o autor poderá esclarecer os pontos que reputa não demonstrados pela prova anexa à petição inicial.

O juiz somente pode dispensar a audiência de justificação quando verificar que o autor, mesmo que produzindo prova nesta audiência, não terá condições de alterar a sua convicção sobre a não concessão da tutela antecipatória. Isto ocorre quando está presente fato, confessado pelo autor, que contradiz a presença dos requisitos do art. 561 do CPC, ou alegação do autor que torna a demonstração da posse e da turbação ou do esbulho insuscetível de ser feita em juízo sumário.[21]

Em sendo o caso de designação de audiência de justificação prévia, deverá o réu ser previamente “citado” para acompanhar o ato. O art. 562 do CPC, fala em citação, sendo certo que, na sua definição atual (art. 238 do CPC), efetivamente se trata aqui de citação, embora não se imponha ao réu, ainda nesse momento, o ônus de contestar o pedido. A

citação do réu para essa audiência se dá, apenas, para que ele acompanhe esse ato, participando da definição provisória a respeito da posse.

É equivocado pensar que o réu deva assumir uma posição meramente passiva na audiência, sem dela poder participar ativamente. Se o réu tivesse que se limitar a assistir à audiência, não haveria racionalidade em convocá-lo para comparecer. O réu na audiência de justificação, embora não possa arrolar testemunhas, pode contradizer e reinquirir as testemunhas apresentadas pelo autor.

O prazo para o réu contestar não se abre com a sua citação para comparecer na audiência. Como refere o parágrafo único do art. 564 do CPC, "quando for ordenada a justificação prévia, o prazo para contestar será contado da intimação da decisão que deferir ou não a medida liminar". Desse modo, não é o momento da audiência de justificação prévia o adequado para o réu apresentar sua defesa. Nesse ato, sua participação se limita à interferência sobre a prova produzida pelo autor para tentar obter a proteção liminar, sem ainda ter o ônus de trazer os seus argumentos, já que essa oportunidade ser-lhe-á deferida ulteriormente.

Na forma prevista pelo art. 562, parágrafo único, do CPC, o juiz não pode conceder tutela possessória na forma antecipada, contra pessoa jurídica de direito público, antes de ouvir o seu representante judicial. Deve intimar a pessoa jurídica de direito público, aguardando a sua manifestação, antes de decidir sobre o cabimento da liminar. A pessoa jurídica deve se pronunciar no prazo fixado pelo juiz, o qual deve estar de acordo com a complexidade do caso concreto. Além de a pessoa jurídica de direito público ter o direito de se manifestar previamente à decisão sobre a liminar, obviamente tem ela o direito de participar da audiência de justificação, no caso da sua designação, contradizendo e reinquirindo as testemunhas do autor.

De toda sorte, acolhendo as razões e as provas apresentadas em justificação, deve o juiz expedir de imediato mandado de manutenção ou de reintegração na posse (art. 563 do CPC). Mediante o mandado de manutenção, o juiz ordena que o réu não pratique atos de turbação da posse, sob pena de incidir em desobediência. Nada impede, porém, que o juiz ordene a abstenção da turbação sob pena de multa. O mandado de reintegração depende de busca e apreensão ou imissão na posse, conforme o caso seja de coisa móvel ou imóvel.

Quando o mandado de manutenção ou reintegração liminar for examinado (para ser concedido ou não) sem necessidade de audiência de justificação prévia, à luz apenas dos documentos carreados com a inicial, compete ao autor tomar as providências que lhe competem para que a citação do réu ocorra no prazo de cinco dias (art. 564 do CPC). Assim, toca-lhe requerer a citação, bem como providenciar os atos – que geram a citação – que são de sua atribuição (a exemplo do pagamento das custas de diligência do oficial, da retirada de editais para publicação etc.).

Não adotadas essas providências deve ser revogada a proteção liminar, restituindo-se as coisas ao seu estado anterior, sem prejuízo da reparação dos danos eventualmente sofridos pelo réu. Note-se, nesse passo, que pouco importa se, *por culpa do aparato judicial, a citação do réu não ocorre nesse prazo de cinco dias*. Se o defeito é imputável ao Estado, não há sentido em aplicar-se sanção ao autor, que se mostrou diligente. Somente quando o autor é que seja o responsável pela demora na citação do réu que se lhe deve impor a sanção em questão, retirando-lhe a proteção possessória liminar outorgada.

Quando a liminar tiver sido examinada em audiência de justificação prévia, porque a citação do réu já ocorreu, não se aplica o previsto no art. 564, *caput*, e menos ainda a sanção de cessação de eficácia da medida liminar, por óbvio (art. 564, parágrafo único, do CPC).

De toda sorte, promovida a citação do réu, inicia-se para ele o prazo para oferecer resposta, segundo os critérios do art. 231 do CPC, ressalvada a hipótese em que tenha havido audiência de justificação prévia, caso em que o prazo para a defesa do réu terá início a partir do momento em que ele for intimado da decisão que deferir ou não a medida liminar (art. 564, parágrafo único, do CPC).[22]

A partir da citação réu, o procedimento deixa de apresentar caráter especial, para sujeitar-se ao regime do rito comum (art. 566 do CPC).

Das várias normas que dizem respeito ao procedimento comum, aplicam-se às tutelas possessórias, com grande proveito, as normas dos arts. 497 e 538 do CPC. No procedimento especial, tais normas têm importância na execução, ainda que liminar, da manutenção e da reintegração. Porém, tais normas são certamente mais relevantes quando a posse data de mais de ano e dia, e assim não é aplicável o procedimento especial possessório. Em caso de posse de mais de ano e dia, são aplicáveis as técnicas processuais desses preceitos, as quais conferem, ao autor, a oportunidade de construir a ação adequada à efetiva tutela do direito no caso concreto.

Ainda, a referência a que o procedimento seguirá o rito comum é suficiente para compreender de forma adequada a menção, posta no art. 564, a respeito do direito do réu à “contestação”. De fato, a leitura apressada do dispositivo poderia indicar que o réu, na ação possessória, somente pode oferecer contestação. O entendimento, porém, é claramente equivocado. Se, após a citação do réu, o rito a ser observado é o ordinário, então é certo que pode o réu oferecer qualquer espécie de resposta que a ele é admitida neste procedimento.

Por isso, pode ele apresentar, além da contestação, a reconvenção. É certo que não tem sentido o oferecimento de reconvenção que busque a proteção possessória ou a indenização por eventuais prejuízos decorrentes da turbação ou do esbulho cometidos pelo autor, já que essas medidas podem ser obtidas por meio da contestação,

independentemente de reconvenção (art. 556 do CPC). Porém, para qualquer outra providência, pode sempre o réu apresentar reconvenção, desde que satisfeitos os requisitos do art. 343 do CPC.[23]

4.10. O interdito proibitório

O interdito proibitório é uma tutela possessória de caráter inibitório, destinada a evitar atos de agressão à posse, concretizáveis em turbação ou em esbulho. Seu emprego, portanto, está ligado às situações em que se pretende evitar a violação possessória.

Além de ter que demonstrar que é possuidor, o autor tem que evidenciar que a sua posse está sendo ameaçada de turbação ou de esbulho. O seu temor não pode ser meramente subjetivo, mas deve ser caracterizado a partir de dados objetivos. O demandante tem o ônus de apontar o contexto fático e os elementos que autorizam o seu temor.

O interdito proibitório, embora tenha como pressuposto o justo receio de moléstia da posse, também pode ser requerido para evitar a repetição de atos de agressão à posse.

Tal como ocorre com as demais ações possessórias, o interdito proibitório não é adequado à tutela de bem imaterial, como, por exemplo, a marca, o invento e o direito autoral.[24] Para a proteção destes bens é adequada a ação que visa à obtenção de tutela inibitória, fundada no art. 497 do CPC.

4.10.1. Procedimento do interdito proibitório

Esta medida constitui objeto de ação autônoma, *não cautelar*, de modo que a pretensão deve ser exposta por petição inicial, a ser apresentada segundo os requisitos do art. 319 do CPC. Nela, o interessado requererá, provando sua posse e a existência de justo receio de moléstia nela, a proteção judicial, a fim de evitar a ocorrência dos atos de violação.

Estando em ordem, a petição inicial, o juiz deferirá proteção liminar, consistente em mandado proibitório, no qual será ordenada, ao réu, a abstenção, cominando-se multa pecuniária para a eventual violação do comando judicial (art. 567 do CPC).

O mandado proibitório é executado através de multa coercitiva (art. 537 do CPC). Ordena-se a abstenção da prática de atos de moléstia à posse sob pena de multa.

Aplicam-se, ao interdito proibitório, as normas que tratam das demais ações possessórias, importando à sua efetividade especialmente a tutela antecipatória e a audiência de justificação, a ser designada com a devida tempestividade, em vista da situação concreta, quando necessária para o juiz constatar a necessidade da imediata inibição dos atos temidos.

Desse modo, ultimada a fase inicial – em que se examinará do cabimento ou não da liminar, o procedimento seguirá o rito ordinário em seus ulteriores trâmites.

Vale recordar, por último, que o interdito proibitório pode converter-se em ação de reintegração ou de manutenção de posse, sempre que se verificar, no curso do procedimento, que a lesão que se receava já ocorreu.

4.11. Ações possessórias e conflitos coletivos sobre imóveis

Tem sido comum o emprego de invasão de terras por grupos sociais organizados, como forma de protesto e de reivindicação de direitos. Ciente dessa situação e das peculiaridades dessa atuação, e percebendo os diversos ingredientes e as várias repercussões sociais dessa prática, o legislador do atual Código de Processo Civil elaborou um procedimento diferenciado para lidar com esses litígios.

De fato, nesse tipo de controvérsia, há diversas peculiaridades, que se fazem sentir tanto sob o viés político, como sob o do direito material e também o processual. No plano processual, que aqui interessa, é evidente que essa prática oferece vários desafios ao modelo tradicional de demanda possessória, exigindo de fato algumas adaptações do procedimento tradicional. A par disso, a relevância social dessa controvérsia exige cautelas adicionais, a exemplo da participação constante do Ministério Público durante todo esse processo (art. 178, III, do CPC).

4.11.1. A citação dos réus na demanda possessória coletiva

A primeira adaptação necessária diz respeito à forma de realização da citação dos réus nessas demandas.

Comumente, nessas invasões, realizadas por multidão de pessoas, as técnicas tradicionais de citação são absolutamente inadequadas para o adequado. Embora essas invasões coletivas sejam promovidas por movimentos sociais organizados, não raras vezes, estes não são dotados de personalidade jurídica própria. Inviabilizada a citação do próprio movimento social, já que ele não é dotado de personalidade autônoma, também é difícil a citação de todos os invasores, mesmo porque as pessoas que se instalam na área não são, necessariamente, “fixas”, podendo aumentar ou diminuir conforme o êxito da invasão. Por outro lado, é certo que a citação de toda a comunidade, nesse caso, poderá ser dificultada, em razão dos ânimos dos invasores e da pouca disponibilidade para a saída voluntária.

Há muito tempo, a jurisprudência tem, nesses casos, admitido – e a solução parece razoável – que a citação da comunidade se dê na pessoa de seu líder (ainda que informal, e mesmo que não haja organização legal da entidade), citando-se os demais por edital.[25]

O Código de Processo Civil atual, porém, ofereceu solução um pouco diversa para a

questão. Nos termos do que prevê o art. 554, § 1.º, do Código, "no caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, será feita a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais, determinando-se, ainda, a intimação do Ministério Público e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública".

Assim, segundo a previsão do Código atual, *todos os invasores* que se encontrarem no local devem ser pessoalmente citados pessoalmente, devendo a citação dos demais ocorrer por edital. Nos termos do § 2.º, do mesmo dispositivo, para essa citação pessoal, deve o oficial de justiça procurar os ocupantes no local *por uma vez*, sendo que aqueles que não forem identificados devem ser citados por edital. Ainda, no intuito de dar a maior publicidade possível a esse processo, e de forma a permitir a mais ampla participação daqueles que forem citados por edital, estabelece-se que o juiz deva providenciar ampla divulgação da existência da demanda, das citações e dos prazos para a participação no feito, podendo para tanto utilizar-se de "anúncios em jornal ou rádio locais, da publicação de cartazes na região do conflito e de outros meios" (art. 554, § 3.º, do CPC).

A solução legal dada, embora ofereça maior publicidade à demanda e talvez permita a maior ciência de sua existência, sem dúvida poderá conduzir a processos infindáveis e inviáveis. Na realidade, o problema desse tipo de demanda não é, em regra a participação dos invasores, já que esses normalmente vêm representados por seus líderes ou pelo líder do movimento social que comanda a invasão. O problema mais grave da citação processual nesses processos está exatamente em admitir que uma multidão de pessoas possa intervir em um processo e apresentar defesas próprias nos autos.

Imagine-se, com efeito, como seria processar algumas dezenas ou centenas de defesas, de pedidos de provas e de recursos! Veja-se que o próprio Código procura evitar processos multitudinários, ao perceber que estes, muitas vezes, comprometem a solução rápida do litígio ou mesmo inviabilizam a tramitação da causa (art. 113, § 1.º, do CPC).

Enfim, embora a solução do código ofereça maiores garantias para a ciência dos réus a respeito da existência do litígio, talvez ela acabe por comprometer o andamento da causa e inviabilize a solução desse tipo de controvérsia.

Por isso, há muito se defende que esse tipo de litígio devesse submeter-se a um regime de coletivização de controvérsias, em termos semelhantes ao que ocorre com a ação civil pública.[26] Assim, representados adequadamente os invasores por algum legitimado exponencial, ter-se-ia garantida tanto a participação adequada no processo como a solução tempestiva do litígio. Esse modelo, ao que parece, só geraria vantagens em relação à solução dada pela lei processual, embora tenha o código preferido adaptar o litígio coletivo aos esquemas tradicionais do processo, ao invés de inovar nestes esquemas, para adaptá-los às necessidades da lide.

4.11.2. A liminar nas demandas possessórias coletivas de força velha

Outra diferença imposta pela lei processual diz respeito ao regime da medida liminar, em caso de ações propostas contra esbulho ou turbação ocorrida há mais de ano e dia (ação de força velha).

Como já visto, embora essa ação não se sujeite ao procedimento especial das ações possessórias, é possível a concessão de liminar, nos termos do procedimento comum, sob as regras que regem, de modo geral, a tutela antecipada (art. 294 e ss. do CPC). Todavia, pressupondo que nesses casos a urgência que o autor pode ostentar contrapõe-se a interesses dos invasores que também devem ser tutelados, o legislador concluiu que a liminar deve ceder a uma tentativa de solução consensual da controvérsia. Por isso, prevê o art. 565 do CPC, que "no litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão de medida liminar, deverá designar audiência de mediação, a realizar-se em até 30 (trinta) dias, que observará o disposto nos §§ 2.º e 4.º". Idêntico procedimento deverá ser observado quando, embora concedida a liminar, ela não tenha sido executada – por culpa do autor – em até um ano (art. 565, § 1.º, do CPC).[27]

Desse modo, supondo o legislador que, em tais casos, o *periculum in mora* não é tão intenso, opta ele por submeter essas controvérsias a um modelo de solução consensual, com a designação de audiência de mediação. A ideia é que, nessa audiência, seja possível encontrar solução acordada para o problema, evitando o emprego da força para a remoção desse grupo de pessoas ou, até mesmo, talvez, consolidando a posse da área em favor dessa coletividade.

Em face do caráter social dessa controvérsia, para a audiência devem ser intimados o Ministério Público[28] e, se ela envolver interesses de beneficiário de assistência judiciária gratuita (no polo ativo ou passivo), também da Defensoria Pública (art. 565, § 2.º, do CPC). Também poderá o juiz intimar para essa audiência os órgãos responsáveis pela política agrária e pela política urbana (conforme o caso) da União, do Estado ou do Distrito Federal ou do Município em que se situe a área em conflito, para que possam manifestar eventual interesse na causa ou para que possam propor soluções para o aquele conflito (art. 565, § 4.º, do CPC).

Logicamente, essa ampla participação pública e dos envolvidos visa assegurar uma solução ampla para o problema, comprometendo também o Poder Público com a solução dessa questão – que extravasa os limites de uma simples controvérsia particular, refletindo para dimensões política e social muito mais importantes. Supõe o legislador que, efetivamente, o Poder Público estará engajado nessa solução e poderá protagonizar resposta muito mais adequada do que a simples resolução judicial da controvérsia.

De todo modo, é evidente que o procedimento consensual em análise não afasta, de modo absoluto, o cabimento de liminar satisfativa mesmo nas circunstâncias descritas no *caput* do art. 565 do CPC. De fato, caso o demandante tenha condições de demonstrar efetivamente a presença dos requisitos gerais, necessários para a concessão de tutela

antecipada (art. 294 e ss. do CPC), a restrição legal em exame será inaplicável, e será possível a outorga da proteção liminar. Isso porque, como se sabe, a tutela de urgência é uma garantia constitucional, e por isso não pode ser afastada por regra infraconstitucional. Diante de situação de risco efetivo, ainda que se trate de ação de força velha, impõe-se a outorga da proteção liminar, sem prejuízo de que, depois de sua efetivação, se proceda à tentativa de mediação almejada pelo art. 562 do CPC.

4.11.3. A efetivação da decisão nas ações possessórias coletivas

Enfim, uma terceira variação é prevista para esses procedimentos, relativa à forma de efetivação da ordem de manutenção ou de reintegração possessórias ou do interdito proibitório.

Embora não se limite a eficácia dessas sentenças, o legislador recomenda prudência do juiz no emprego de medidas tendentes a dar eficácia à decisão que acolhe o pedido possessório. Por isso, prevê o código que o juiz possa comparecer à área objeto da controvérsia, "quando sua presença se fizer necessária à efetivação da tutela jurisdicional" (art. 565, § 3.º, do CPC).

Trata-se de medida que pode ter duas finalidades diversas. Em um primeiro momento, pode servir para que o magistrado conheça melhor a controvérsia e possa dar a decisão mais adequada ao caso concreto. Em segundo lugar, já quando da efetivação de eventual ordem de desocupação do imóvel, a presença do magistrado pode dissuadir o grupo invasor de resistir ao cumprimento da ordem, permitindo solução pacífica da questão.

Não se trata, como é óbvio, de uma imposição do magistrado. Mas a recomendação do legislador, posta de forma destacada nesse procedimento – e, portanto, ao lado de técnicas como a inspeção judicial (arts. 481 a 484 do CPC) ou aquela indicada pelo art. 139, V, do CPC – deve ser vista como uma preocupação com o caráter social desse tipo de litígio e como a necessidade de maior envolvimento da autoridade judiciária para a sua solução.

[1] Obviamente, essas condutas podem, eventualmente, repercutir em direito à indenização pelas obras realizadas ou pelas plantações feitas, nos termos do art. 1.214 e ss. do CC. Isso, porém, não retira o direito do autor de pretender também o desfazimento dessas obras e plantações.

[2] Art. 1.216 do CC: "O possuidor de má-fé responde por todos os frutos colhidos e percebidos, bem como pelos que, por culpa sua, deixou de perceber, desde o momento em que se constituiu de má-fé; tem direito às despesas da produção e custeio".

[3] Essa última regra, aliás, é simples repetição do art. 1.210, § 2.º, do CC.

[4] *RTJ* 91/594.

[5] LUIZ GUILHERME MARINONI, *Técnica processual e tutela dos direitos*.

6

De forma semelhante, v. JOEL DIAS FIGUEIRA JR., *Liminares nas ações possessórias*, p. 291.

7

Nesse sentido, já se decidiu que "em relação à posse de mais de ano e dia (posse velha), não se afasta de plano a possibilidade da tutela antecipada, tornando-a cabível a depender do caso concreto" (STJ, REsp 201.219/ES, 4.ª T., j. 25.06.2002, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJU* 24.02.2003, p. 236).

8

Em doutrina, sustentou-se a inconstitucionalidade da imposição indiscriminada da exigência de caução em estudo, especialmente na vigência do Código de Processo Civil anterior, fundamentalmente pela violação que ela opera ao acesso à Justiça para as pessoas mais pobres. V., por todos, JOEL DIAS FIGUEIRA JR., *Liminares nas ações possessórias*, cit., p. 369 e ss. O óbice, todavia, foi resolvido no dispositivo atual, que expressamente exclui do dever de prestar caução a situação da "parte economicamente hipossuficiente".

9

"Servidão de trânsito não titulada, mas tornada permanente, sobretudo pela natureza das obras realizadas, considera-se aparente, conferindo direito à proteção possessória" (Súmula 415 do STF).

10

Súmula 228 do STJ: "É inadmissível o interdito proibitório para a proteção do direito autoral".

11

TAMG, *RT* 582/183.

12

TJSP, *RT* 626/45.

13

TAPR, *RT* 577/236.

14

No REsp 67.478, que configura um dos precedentes que deram origem à Súmula 228, assim decidiu o STJ: "Direitos de autor. Interdito proibitório. Dele não se pode valer o ECAD, *a pretexto de defender posse de tais direitos. Posse não há, inexistindo em consequência turbação ou esbulho.* Precedentes da 4.ª T. do STJ: Recursos Especiais 89.171 e 110.523. Recurso especial conhecido pelo dissídio, mas improvido" (STJ, REsp 67.478, 3.ª T., rel. Min. Nilson Naves, *DJU* 23.06.1997).

15

ARTURO VALENCIA ZEA, *La posesión,* p. 54.

16

PAOLO GRECO, Beni immateriali, *Novissimo Digesto Italiano*, vol. 2, p. 365. V. Luiz GUILHERME MARINONI, A proteção possessória às marcas comerciais, *RePro* 51/197 e ss.

17

Assim, já se decidiu que "contendo o contrato de arrendamento mercantil cláusula resolutiva expressa, dispensável é a notificação prévia" (STJ, REsp 30.765/SP, 3.ª T., rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* 08.03.1993). V. ainda STJ, REsp 162.185, 3.ª T., rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* 10.05.1999; STJ, REsp 157.717, 3.ª T., rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* 10.05.1999; STJ, REsp 36.637, 3.ª T., rel. Min. Cláudio Santos, *DJ* 19.12.1994.

18

Nesse sentido, afirmou o Superior Tribunal de Justiça que "a ausência de interpelação prévia ao devedor, para a sua constituição em mora, nos contratos de arrendamento mercantil (*leasing*), enseja a impossibilidade jurídica do pedido de reintegração na posse do bem" (STJ, REsp 261.903/MG, 4.ª T., j. 22.08.2000, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJ* 25.09.2000, p. 112). A razão de ser dessa exigência está em que "a arrendatária tem o direito de ser previamente notificada para exercer o direito de purgar a mora ou de se defender ou de exercer defesa preventivamente contra a pretensão recuperatória prometida pela arrendadora. Se não for assim, a arrendatária ficará submetida a graves consequências pela simples demora, sem que lhe oportunize demonstrar a inexistência de mora (art. 963 do CC/1916; art. 396 do CC/2002), ou o oferecimento da prestação devida (art. 959 do CC/1916; art. 401 do CC/2002)" (STJ, REsp 139.135, 4.ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJ* 16.03.1998).

19

"Não cabe medida possessória liminar para liberação alfandegária de automóvel" (Súmula 262 do STF).

[20]

Já decidiu o STJ que, "em relação à posse de mais de ano e dia (posse velha), não se afasta de plano a possibilidade da tutela antecipada, tornando-a cabível a depender do caso concreto" (STJ, REsp 201.219/ES, 4.ª T., j. 25.06.2002, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

[21]

Em sentido contrário, todavia, já se decidiu que "o art. 928 do CPC não obriga o juiz, em qualquer circunstância, a mandar realizar a justificação, na hipótese de indeferimento da liminar de manutenção ou reintegração de posse. Sendo duvidoso o comodato do qual deriva a posse, e mais, havendo ação de usucapião em curso ajuizada por parte adversa, temerária seria qualquer decisão baseada em prova sumária e incompleta. Especial conhecido pelo dissídio, mas não provido" (STJ, REsp 9.485/SP, 3.ª T., rel. Min. Cláudio Santos, *DJ* 13.04.1992, p. 4.994).

[22]

Na realidade, apesar da dicção do art. 930, parágrafo único, do CPC, o prazo, nesse caso, se inicia da juntada aos autos do mandado de intimação devidamente cumprido (STJ, REsp 59.599/RS, 4.ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJU* 12.06.1995, p. 17.732).

[23]

No mesmo sentido, v. entre outros, ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, *Comentários …*, cit., p. 371.

[24]

Súmula 228 do STJ: "É inadmissível o interdito proibitório para a proteção do direito autoral".

[25]

STJ, REsp 362.365/SP, 4.ª T., rel. Min. Barros Monteiro, *DJU* 28.03.2005, p. 259; STJ, REsp 154.906/MG, 4.ª T., rel. Min. Barros Monteiro, *DJU* 02.08.2004, p. 395.

[26]

SÉRGIO CRUZ ARENHART, *A tutela coletiva de interesses individuais*, 2. ed., São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 211 e ss.; Jordão Violin, *Ação coletiva passiva: fundamentos e perfis*, Salvador: JusPodivm, 2008, p. 130-132.

[27]

Embora o dispositivo legal indicado preveja essa hipótese, parece difícil imaginar essa situação ocorrendo, já que, nos termos do art. 309, II, do CPC – aplicável por analogia também às tutelas antecipadas satisfativas, como a liminar possessória – concedida a medida, ela perde sua eficácia se não for *efetivada dentro de trinta dias*. Ora, se isso é verdade, certamente depois de um ano da concessão da medida sequer se terá mais medida liminar em vigor, razão pela qual dificilmente se explica o preceito indicado.

[28]

A previsão de participação do Ministério Público nessa audiência, a rigor, seria desnecessária, já que sua intervenção *em todo o processo que envolva litígio coletivo sobre terra*, já é imposta pelo art. 178, III, do CPC.

Caso

A reside em Florianópolis e é usufrutuário de um terreno em Itapoá, no litoral catarinense. Com o objetivo de promover-lhe a conservação, dirigiu-se ao imóvel 15 meses após sua última visita. Verificou, então, que o bem fora invadido por B, que lá edificara uma pequena construção. Ao tentar recuperar a posse do terreno, A foi violentamente repelido por B, que afirmou ter adquirido o bem do proprietário.

A ajuizou, 60 dias depois, ação de reintegração de posse em face de B. Alegou ser o legítimo possuidor do imóvel. Fundamentou sua pretensão no registro do usufruto no Cartório de Registro de Imóveis. Afirmou ter sido esbulhado de sua posse em razão de invasão furtiva de B, que clandestinamente se instalara no local. Pediu, então, a reintegração de sua posse, a expedição de ordem para que B desfaça a obra e a fixação de multa diária em caso de novo esbulho. Pediu, por fim, antecipação da tutela, afirmando estar presente a verossimilhança e ser presumido o risco de demora.

Por entender necessário o esclarecimento de pontos não comprovados de plano pela documentação anexada à inicial, o juiz designou audiência de justificação (art. 559, parte final, do CPC), determinando a citação do réu B.

Na audiência, A apresentou os esclarecimentos necessários à antecipação da tutela. B, por sua vez, observou que a ação fora ajuizada mais de um ano após a perda da posse, o que impossibilitaria a concessão da tutela antecipada. Subsidiariamente, entretanto, pediu ao juiz que, em caso de deferimento da tutela antecipada, determinasse ao autor o recolhimento de caução em dinheiro. Por fim, apresentou contestação, antecipando-se ao prazo previsto no art. 561 do CPC. Nela, afirmou ser o proprietário do imóvel, apresentando contrato de compra e venda firmado com terceiro. Pediu, assim, o reconhecimento de seu domínio sobre o bem e a proteção de sua posse decorrente do domínio. Sustentou ainda a impossibilidade de ser condenado a desfazer a obra, diante da ausência de previsão expressa no Código de Processo Civil.

Na função de juiz da causa, analise os argumentos de ambas as partes e resolva o pedido de antecipação de tutela.

5. Ação de dissolução parcial de sociedade

5.1. Considerações preliminares

Sob o ponto de vista processual, a dissolução parcial de sociedades, antes do atual Código de Processo Civil, era regida por regras do CPC/1939 (especialmente, seu art. 668), aplicável na vigência do Código do Processo Civil de 1973 por conta do contido no art. 1.218, VII, deste último Diploma Legal revogado. Vê-se, portanto, que antes da edição do Código de Processo Civil de 2015 a questão da liquidação das sociedades era tratada por regras claramente desatualizadas, e elaboradas a partir de premissas fixadas no início do século passado. Sem dúvida, essa disciplina era insuficiente e reclamava atualização. Por isso, o Código de Processo Civil atual preocupou-se em desenhar procedimento mais moderno para a medida de dissolução parcial de sociedades, tentando adequá-lo às exigência do Código Civil e da praxe recente.[1]

Todavia, sob a rubrica em análise ("da ação de dissolução parcial de sociedade"), o Código disciplina basicamente duas modalidades distintas de demandas: a ação para a dissolução parcial da sociedade e a ação para apuração de haveres. Elas podem ser cumuladas em um só processo, ou podem ser deduzidas de forma autônoma. Não é, porém, correto supor que a disciplina do rito especial estudado se preste tão só para o fim indicado no nome atribuído ao capítulo V, em exame.

A observação é necessária porque, como se verá, nem todas as regras expostas nos arts. 599 e ss. do CPC, são aplicáveis indistintamente a uma e a outra ações. Haverá preceitos que só têm cabimento em relação à ação para apuração de haveres, assim como outros que só têm sentido em relação à ação de dissolução parcial.

A dissolução parcial de sociedades é conhecida há muito tempo no campo doutrinário e jurisprudencial. Porém, só com o Código Civil atual essa figura recebeu tratamento legal expresso e amplo, sob a designação de "resolução da sociedade em relação a um sócio" (arts. 1.028 e ss.). Em síntese, sob a premissa de que há o interesse na preservação da sociedade,[2] ainda quando um dos sócios manifesta sua vontade de retirar-se dela, ou não pode mais vincular-se a ela, mostrou-se necessário estabelecer regime para que essa extinção parcial do vínculo com a sociedade possa fazer-se sem maiores percalços e sem prejuízo à continuidade das atividades da pessoa jurídica.

Fundamentalmente, essa dissolução parcial pode ocorrer em três hipóteses, na forma aliás prevista pelo art. 599 do CPC.

A primeira delas é a *retirada*, que ocorre quando o sócio manifesta sua própria vontade no sentido de desligar-se da sociedade. Ela pode dar-se de maneira *motivada* (chamada, então, de *recesso*), nas situações de modificação do contrato, fusão da sociedade,

incorporação de outra ou por outra (art. 1.029, segunda parte, e art. 1.077 do CC) e é admitida para qualquer sociedade limitada. Pode também, excepcionalmente, ser *imotivada* (art. 1.029 primeira parte do CC) sempre que o regime da sociedade aplicar, direta ou subsidiariamente, o das sociedades simples e se ela for de prazo indeterminado.

A segunda forma de dissolução parcial é a *exclusão de sócio*. Neste caso tem-se exatamente o oposto da primeira situação, ou seja, é a sociedade que manifesta sua intenção de não contar mais com a participação do sócio a ser excluído. Essa exclusão pode ser extrajudicial, nas hipóteses do art. 1.085 do CC,[3] ou judicial, por intermédio da ação de dissolução parcial de sociedade (art. 1.030 do CC[4] e art. 599, I, do CPC). A ação judicial de dissolução parcial de sociedade para a exclusão de sócio, portanto, normalmente decorre de conduta grave imputável a ele (aí incluída a situação de mora nas contribuições previstas no contrato social) ou ainda na hipótese de sua incapacidade superveniente.

Finalmente, a dissolução parcial pode decorrer de morte do sócio. Nos termos de falecimento de um dos sócios, como prevê o art. 1.028 do CC, dá-se a dissolução parcial da sociedade em relação a ele, exceto "I – se o contrato dispuser diferentemente; II – se os sócios remanescentes optarem pela dissolução da sociedade; III – se, por acordo com os herdeiros, regular-se a substituição do sócio falecido".

Logicamente, qualquer que seja a razão da dissolução parcial, uma consequência será inafastável: o dever da sociedade em restituir o valor da quota daquele que deixa a sociedade. Em linhas muito gerais, pode-se dizer que esse é o principal objeto da demanda judicial de dissolução parcial de sociedades: a apuração do valor devido ao sócio que perde o vínculo com a sociedade.[5] E, por isso, como se verá adiante, essa é a tônica do rito diferenciado em análise.

Em verdade, a grande função desta demanda – e o seu diferencial em relação ao procedimento comum – é o oferecimento de ferramentas ao magistrado para que possa definir duas questões que são essenciais no processo de apuração de haveres do sócio que deixa a sociedade: a forma de apuração do valor das quotas devidas e o momento em que se deve ter por ocorrida a dissolução parcial (art. 604 do CPC).

5.2. Objeto da ação de dissolução parcial de sociedade

Em que pesem as divergências doutrinárias a respeito do tema, a lei processual limitou, em princípio, o procedimento em exame às sociedades empresarias contratuais ou simples (art. 599, I, do CPC). Assim, podem valer-se do procedimento especial aqui examinado a sociedade limitada, a em nome coletivo, a em comandita simples e as sociedades civis não empresariais, aí incluída a cooperativa.[6]

Atendendo ainda à jurisprudência brasileira já consolidada,[7] o Código também estendeu a possibilidade da dissolução parcial às sociedades anônimas de capital fechado, sempre

que se demonstre, por acionistas que representem ao menos cinco por cento do capital social, que ela não pode preencher seu fim (art. 599, § 2.º, do CPC). A hipótese normalmente se liga a sociedades familiares, em que ocorre a quebra de *affectio societatis*, mas há o interesse na preservação do funcionamento da empresa.

O procedimento especial pode ser empregado, ademais, para qualquer hipótese de dissolução parcial, seja resultante de morte do sócio, seja no caso de retirada, seja ainda na situação de exclusão (art. 599, I, do CPC).

De outro lado, pode ter por finalidade *apenas* a dissolução parcial, *apenas* a apuração de haveres, ou ambas as providências (art. 599, I, II e III, do CPC). Daí decorrem duas consequências. A primeira, óbvia, é a de que é o pedido formulado na inicial que marcará a extensão da providência judicial. A segunda é no sentido de que outras eventuais pretensões devem ser deduzidas em outra via, não podendo ser cumuladas no procedimento especial em estudo.

Enfim, note-se que a hipótese de exclusão do sócio tanto pode subsidiar uma demanda feita pela sociedade para que efetivamente se opere essa exclusão – em especial quando não for possível a exclusão extrajudicial – como uma ação ajuizada pelo sócio excluído, tanto para postular a sua reintegração na sociedade, como apenas para a apuração de seus haveres. No caso da demanda ajuizada pelo sócio excluído, para ver-se "reincluído" na sociedade, o pleito de apuração de haveres deverá vir como pedido subsidiário, para a eventual hipótese de não acolhimento do pedido principal, ou seja, da manutenção do vínculo entre o sócio excluído e a sociedade (art. 326, *caput*, do CPC).

5.3. Partes da ação de dissolução parcial de sociedade

A legitimidade ativa para a ação de dissolução parcial de sociedade depende, em grande medida, da hipótese que fundamenta a demanda.

No caso de dissolução fundada no óbito do sócio, a legitimação para a causa é atribuída ao espólio ou aos sucessores do sócio. Será do espólio quando a totalidade dos sucessores não ingressar na sociedade, e sempre antes de concluída a partilha de bens do falecido (art. 600, I, do CPC). Homologada a partilha dos bens, a ação poderá ser ajuizada pelos sucessores, em especial por aqueles a quem for atribuída a quota da sociedade em questão, e não havendo interesse em ingressar na sociedade (art. 600, II, do CPC).

Caso, ainda na hipótese de óbito do sócio, havendo previsão no contrato social nesse sentido, os sócios remanescentes não aceitem o ingresso do espólio ou dos sucessores na sociedade, oferece-se a legitimação para a ação de apuração de haveres à própria sociedade (art. 600, III, do CPC).

Obviamente, em todos esses três casos, a legitimação conferida pela lei é *apenas* para

a ação de apuração de haveres. Sequer faria sentido autorizar-se o "sócio" que não ingressou na sociedade, ou a sociedade que não quer que alguém lá ingresse, a propor demanda de dissolução de vínculo que, a rigor, sequer existe.

Quando o fundamento da ação de dissolução parcial seja o exercício do direito de retirada, motivada ou não, a legitimidade ativa, obviamente, é atribuída ao próprio sócio que pretende sair da sociedade (art. 600, IV, do CPC). Porém, como forma de estimular que esse egresso se faça de forma extrajudicial, estabelece a lei que essa permissão se condiciona à inércia dos outros sócios em relação à alteração contratual que formaliza o acordo quanto ao desligamento, "depois de transcorridos 10 (dez) dias do exercício do direito".

Finalmente, no caso de exclusão do sócio, a legitimidade é atribuída tanto ao sócio excluído (para a apuração dos haveres), como ainda à própria sociedade, para que possa exercer o direito à exclusão, nos casos em que é vedada a exclusão extrajudicial (art. 600, V e VI, do CPC). Logicamente, em sendo possível a exclusão extrajudicial, não há, em princípio, nenhum sentido no emprego da via judicial. Todavia, sempre que não for possível essa exclusão extrajudicial, ou quando as formalidades para que ela ocorra não possam ser observadas, então a sociedade se legitima também para a demanda judicial visando a sua dissolução parcial.

Especificamente para o pedido de apuração de haveres, em qualquer dos casos, legitima-se ainda o cônjuge ou companheiro do sócio, na hipótese de extinção do casamento, da união estável ou da convivência (art. 600, parágrafo único, do CPC). Essa hipótese tem por objetivo liquidar eventuais quotas que tenham sido atribuídas a esse cônjuge ou companheiro, em conta da partilha de bens do casal. Por isso, só se justifica caso esse cônjuge ou companheiro não tenha o desejo de integrar a sociedade, e ainda depende do regime de bens da união, já que é isso que determinará a forma de partilha dos bens entre eles.

Quanto ao polo passivo, prevê o art. 601 do CPC, que devam participar do processo tanto a sociedade como os sócios remanescentes.[8] Caso todos os sócios restantes sejam citados, então dispensa-se a citação da própria sociedade, supondo-se que sua representação se dará pela atuação desses sócios.[9] De todo modo, estará a sociedade sujeita aos efeitos da sentença e à coisa julgada, não podendo alegar, futuramente, sua condição de terceiro em relação ao processo (art. 601, parágrafo único, do CPC).

Logicamente, a colocação dos sócios e/ou da sociedade no polo passivo da demanda depende, sempre, da hipótese em que se funda a ação. Tratando-se de demanda ajuizada pela sociedade, é claro, não figurará ela no polo passivo também, sob pena caracterizar-se *confusão processual*.

A opção da lei, em autorizar a participação no processo de todos os sócios, está em harmonia com a visão geral do Código, de fomentar sempre a maior participação possível

dos envolvidos no litígio. Assim, por exemplo, esse preceito poderia até mesmo ser deduzido do contido no art. 115, *caput*, do Código, que sanciona com a nulidade a decisão proferida sem a citação dos litisconsortes unitários (e, sem dúvida, esses sócios são todos litisconsortes unitários em demanda que objetiva a dissolução parcial da sociedade).

Não obstante essa opção garanta, efetivamente, maior amplitude ao contraditório e à participação no processo, ela pode, eventualmente, implicar a formação de litisconsórcio multitudinário, que é francamente indesejado na lógica do código (art. 113, § 1.º). E essa intolerância decorre, como é evidente, em face do prejuízo que esse grande número de sujeitos no processo pode trazer à rápida solução do litígio ou à tramitação adequada da causa. Sob essa ótica, vê-se a presença aqui de dois objetivos conflitantes, que talvez merecessem outra solução no caso presente. De fato, não é difícil imaginar que a convocação de todos os sócios de certas sociedades importe na convocação de muitas pessoas, cada qual com seus próprios interesses, argumentos e intenções no processo. Haverá em tais casos um claro prejuízo à sequência do processo, não apenas pelos custos e complicações do próprio processo de citação, mas também pela complexidade que assumirá toda a tramitação desse processo.

Talvez por isso, *de lege ferenda*, fosse mais interessante pensar em outras formas de participação nesse tipo de demanda, recorrendo quiçá aos mecanismos de legitimação extraordinária que presidem, por exemplo, a tutela coletiva.[10]

Porém, no sistema atual, o regime claramente opta por garantir a participação de todos os sócios que desejem litigar.

5.4. Procedimento

A ação judicial de dissolução parcial de sociedade se inicia por petição inicial comum, que deve observar os requisitos dos arts. 319 e 320 do CPC. Obrigatoriamente, deve instruir a inicial o contrato social consolidado (art. 599, § 1.º, do CPC) e, eventualmente, a prova de que os sucessores do sócio falecido não pretendem ingressar na sociedade (art. 600, I), de que não foi admitido o ingresso do espólio ou dos sucessores na sociedade (art. 600 III) ou de que não foi providenciada a alteração do contrato social quando exercido o direito de retirada, no prazo legal (art. 600 IV). Havendo defeitos na petição ou não estando ela acompanhada dos documentos indispensáveis, determinará o juiz a sua emenda, sob pena de indeferimento liminar (art. 321 do CPC).

Estando em ordem a petição inicial, deverão ser citados os sócios e a sociedade, para que no prazo de quinze dias ofereçam resposta ou concordem com o pedido inicial (art. 601).

A concordância a que alude o texto legal pode dizer respeito tanto ao pedido de dissolução parcial, como ao valor dos haveres devidos (embora essa última hipótese seja mais rara). Por outro lado, a questão dos haveres pode impor controvérsia apenas parcial,

já que as partes discutem sobre o efetivo valor devido ao sócio que deixa a sociedade.

Por causa disso, diz o art. 603 do CPC, que, em havendo concordância expressa e unânime quanto à dissolução, esta questão será imediata e definitivamente julgada (art. 356, I, do CPC), seguindo-se o processo apenas para a liquidação da importância devida. Nesse caso, dispensa-se a condenação em honorários de sucumbência e as custas devem ser rateadas entre as partes, "segundo a participação das partes no capital social" (art. 603, § 1.º, do CPC).[11] Logicamente, essa situação só se apresenta se constituir objeto da ação o pedido de dissolução. Quando essa questão já era incontroversa antes da propositura da demanda – tendo a ação sido ajuizada apenas para a apuração dos haveres – então é claro que não se cogita quer do espaço para a concordância, quer da sanção premiativa acima descrita.

Já, se a controvérsia disser respeito unicamente ao valor devido na apuração de haveres (em sendo esse o objeto da demanda em estudo), então determinará o juiz, de imediato, que a sociedade ou os sócios remanescentes depositem a parte incontroversa, que poderá – salvo disposição no contrato social em sentido contrário – ser levantada desde logo pelo ex-sócio, por seu espólio ou seus sucessores (art. 604, §§ 1.º a 3.º).

Não havendo essa concordância, faculta-se aos réus oferecer contestação ao pleito inicial, em que poderão apontar qualquer matéria útil para sua defesa. Além da contestação, permite-se o oferecimento de reconvenção (pela sociedade), na qual se pleiteie eventual indenização, que poderá ser compensada com o valor dos haveres a serem apurados (art. 602).

Caso haja o oferecimento de contestação ou de reconvenção, o processo deve seguir daí em diante o rito comum, ressalvando-se apenas a fase de apuração de haveres, que deve processar-se nos termos descritos no procedimento especial (art. 603, § 2.º).

Na sentença[12] que julgar o pedido de dissolução parcial, caso acolhido o pleito, deverá o juiz de pronto: (a) fixar a data em que ocorreu a dissolução parcial da sociedade; (b) determinar os critérios a serem empregados pelo perito para a futura apuração dos haveres, tomando em conta aquilo que dispõe o contrato social; e (c) nomear perito para realizar a apuração desses haveres (art. 604).

O perito deve ser preferencialmente nomeado dentre especialistas em avaliação de sociedades (art. 606, parágrafo único).

A data de resolução da sociedade deve ser arbitrada segundo os parâmetros do art. 605. Assim, deve-se ter como o momento da dissolução parcial: (a) no caso de óbito do sócio, o dia de sua morte; (b) na hipótese de retirada imotivada, o sexagésimo dia seguinte ao do recebimento da notificação do sócio retirante pela sociedade; (c) havendo retirada motivada (recesso), o dia do recebimento pela sociedade da notificação do sócio; (d) na retirada por justa causa, em sociedade por prazo determinado, e na exclusão judicial de

sócio, o trânsito em julgado da decisão que julga a dissolução parcial; (e) finalmente, no caso de exclusão extrajudicial, a data da assembleia ou da reunião de sócios que tiver promovido essa remoção.

Em relação aos critérios para a definição dos haveres, estes devem ser os que são fixados pelo contrato social. Todavia, no caso de omissão deste, deve o juiz empregar o valor patrimonial apurado em *balanço de determinação*, que terá por referência o momento da dissolução parcial, "avaliando-se bens e direitos do ativo, tangíveis e intangíveis, a preço de saída, além do passivo também a ser apurado de igual forma" (art. 606).[13]

Também integrarão o valor devido, até a data da resolução, a participação nos lucros ou os juros sobre capital próprio declarados pela sociedade e, se o sócio tiver atuado como administrador, a respectiva remuneração (art. 608). Depois da data fixada como o momento da dissolução parcial, serão devidos apenas – além do valor da quota liquidada – a correção monetária e os juros contratuais ou legais (art. 608, parágrafo único).

Até o início da perícia, a pedido de qualquer das partes, tanto o momento em que se considera ocorrida a dissolução parcial, como os critérios para a apuração de haveres podem ser sempre revistos pelo juiz (art. 607). Trata-se de exceção à regra geral da preclusão sobre as questões decididas (art. 507), embora obviamente essa revisão dependa da apresentação de novos elementos, capazes, autonomamente, de autorizar novos parâmetros. De fato, não há qualquer razão para se permitir a modificação dos critérios de apuração de haveres, enquanto mantidas intactas as condições que estavam presentes quando da prolação da decisão judicial. Não apenas isso violaria a segurança jurídica, mas ainda afrontaria a própria ideia de que o processo não deve voltar-se a decidir questões já examinadas. Porém, se surgirem elementos novos, de fato ou de direito, aí sim se justifica a revisão dos critérios antes determinados, na forma, aliás, do que já prevê o art. 505, I, do CPC.

Com a conclusão da perícia, que poderá ser impugnada pelas partes, nos termos da prova pericial comum, cabe ao juiz arbitrar o valor que entender devido. Transitada em julgado essa decisão, deve a sociedade pagar o valor correspondente, em dinheiro, no prazo de até noventa dias, salvo a existência de acordo ou estipulação contratual em sentido diverso (art. 609 do CPC, e art. 1.031, § 2.º, do CC) ou ainda o direito de compensação decorrente de indenização devida à sociedade.

[1] Sublinhe-se que o procedimento especial em exame *só* se aplica à dissolução parcial de sociedades. Quanto à dissolução *total* de sociedades, esta deve ser veiculada pelo procedimento comum, nos termos do que prevê o art. 1.046, § 3.º, do CPC.

[2] Esse interesse, como é óbvio, transcende o simples interesse dos demais sócios na preser vação da sociedade. Repercute sobre a economia, sobre trabalhadores ligados à pessoa jurídica e, enfim, uma variedade enorme de interesses, que merecem ser prestigiados. Daí o surgimento do interesse na análise da dissolução parcial de sociedades (v., a respeito, FABIO ULHOA COELHO, A ação de dissolução parcial de sociedade, *Revista de informação legislativa* 190/143, Brasília: Senado Federal, abr.-jun. 2011).

[3]

Art. 1.085 do CC: “Ressalvado o disposto no art. 1.030, quando a maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social, entender que um ou mais sócios estão pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade, poderá excluí-lo da sociedade, mediante alteração do contrato social, desde que prevista neste a exclusão por justa causa”.

[4]

Art. 1.030 do CC: “Ressalvado o disposto no art. 1.004 e seu parágrafo único, pode o sócio ser excluído judicialmente, mediante iniciativa da maioria dos demais sócios, por falta grave no cumprimento de suas obrigações, ou, ainda, por incapacidade superveniente”. O art. 1.004 do CC, alude à possibilidade de exclusão do sócio por não aportar à sociedade as contribuições previstas no contrato social.

[5]

FÁBIO ULHOA COELHO, Op. cit., p. 145.

[6]

FÁBIO ULHOA COELHO, Op. cit., p. 150.

[7]

STJ, EREsp 1.079.763/SP, 2.ª Seção, rel. Min. Sidnei Beneti, *DJe* 06.09.2012; STJ, EREsp 419.174/SP, 2.ª Seção, rel. Min.Aldir Passarinho Junior, *DJe* 04.08.2008; STJ, REsp 1.303.284/PR, 3.ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 13.05.2013; STJ, REsp 917.531/RS, 4.ª T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* 01.02.2012.

[8]

Também assim é a orientação do STJ (STJ, AgRg no REsp 947.545/MG, 3.ª T., rel. Min. Sidnei Beneti, *DJe* 22.02.2011; STJ, REsp 788.886/SP, 3.ª T., rel. Min. Sidnei Beneti, *DJe* 18.12.2009).

[9]

Essa regra, na realidade, consolida orientação jurisprudencial sedimentada mesmo antes da edição do atual Código de Processo Civil (v., entre outros, STJ, REsp 1.121.530/RN, 4.ª T., rel. Min. Marco Buzzi, *DJe* 26.04.2012). Logicamente, a situação trata de caso anômalo de legitimação extraordinária. A rigor, os sócios, nessa demanda, atuam em nome da sociedade e defendem o interesse desta. Porém, porque são eles que representam o interesse da sociedade, entendeu-se, não sem abrir espaço para muita crítica, que a citação desses sócios bastaria para ter por suficientemente integrado o polo passivo da demanda e bem representada a sociedade.

[10]

V., sobre isso, SÉRGIO CRUZ ARENHART, *A tutela coletiva de interesses individuais*, cit., p. 212 e ss.

[11]

Soa estranho sujeitar as partes a um rateio das custas conforme sua participação no capital social. Afinal, a parte ré da demanda será, em princípio, a sociedade e esta, como se sabe, não tem partes no capital social. Ao que parece, o dispositivo está pensando na participação dos sócios remanescentes. Todavia, como já visto, em regra esses sócios, quando atuam, agem em hipótese excepcional de legitimação extraordinária, não se justificando que venham a ser condenados, ainda que proporcionalmente, nas custas do processo. Por isso, parece que a regra só tem sentido se interpretada de modo a fazer com que o rateio se dê segundo a proporção do capital social ostentado pelo sócio retirante ou excluído, em contraste com o restante do capital, que remanesce na sociedade.

[12]

Sujeita à apelação, na forma do que prevê o art. 1.009 do CPC.

[13]

Também o valor do estabelecimento empresarial (art. 1.142 do CC) deve ser considerado para a apuração do valor devido na dissolução parcial de sociedade (cf., STJ, REsp 907.014/MS, 4.ª T., rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, *DJe* 19.10.2011).

Caso

Alexandre, José e Ricardo constituíram uma sociedade limitada, estipulando no contrato social a vedação de ingresso de terceiros, inclusive cônjuges e herdeiros em caso de divórcio ou falecimento, impondo-se a respectiva liquidação. José se divorciou de sua esposa, Mariana, e na partilha as cotas sociais competiram a ela, que tem interesse em ser sócia. Você, como advogado ou advogada dela, ajuizaria alguma medida judicial?

6. Inventário, arrolamento e partilha

6.1. Considerações introdutórias

Com o falecimento da pessoa natural, opera-se a imediata transferência de seu patrimônio aos seus herdeiros (art. 1.784 do CC). O chamado princípio da *saisine*, que afirma essa sucessão imediata, é ficção necessária, já que não se pode conceber patrimônio sem titular.

Todavia, embora se justifique essa ficção a fim de não abandonar o patrimônio do falecido, ainda que momentaneamente, na prática é necessário que se atribua a cada um dos sucessores a sua parcela na herança. Enquanto não determinado o quinhão de cada sucessor, tem-se que todos são cotitulares de todo o patrimônio deixado, o que dificulta a administração dos bens e as relações jurídicas em relação a eles, de modo que é imposição legal a especificação e a distribuição do patrimônio em questão entre os sucessores.

Para esse fim, cria o sistema nacional um procedimento – que pode ser judicial (como regra) ou, para certos casos, extrajudicial – chamado de inventário, que tem por finalidade determinar a totalidade dos bens e direitos pertencentes ao falecido, saldar eventuais dívidas por ele deixadas e, por fim, partilhar esse patrimônio entre os herdeiros.

O procedimento de inventário, portanto, judicial ou extrajudicial, é instituto indispensável para que se possa determinar o destino do patrimônio da pessoa falecida. Sem ele, embora seja certa a sucessão aos herdeiros, não se sabe a quem tocará qual bem ou direito do *de cujus*.

Em raras situações, porém, possibilita a lei a transmissão de patrimônio do *de cujus* para sucessores sem a necessidade de inventário.[1] Assim, por exemplo, os valores devidos por empregadores e os depositados em contas de FGTS ou do Fundo PIS-Pasep, não recebidos em vida pelo titular, devem ser pagos em cotas iguais aos dependentes habilitados perante a Previdência Social ou segundo previsão especial em legislação própria, ou ainda, na falta desses, serão distribuídos entre os sucessores do falecido, independentemente de inventário ou arrolamento (art. 666 do CPC e art. 1.º da Lei 6.858/1980). Do mesmo modo, não necessita da abertura de inventário o pagamento de valores de restituição de tributos recolhidos por pessoa física, e, não existindo outros bens a inventariar, aos saldos bancários e contas de cadernetas de poupança e fundos de investimentos no valor de até 500 OTNs (art. 666 do CPC e art. 2.º da Lei 6.858/1980).[2] Também a Lei 8.213/1991 (art. 112) estabelece que os valores de benefícios previdenciários não recebidos em vida pelo segurado serão pagos aos seus dependentes habilitados à pensão por morte ou, na falta destes, aos seus sucessores, independentemente de inventário.

6.2. Inventário negativo

Alude-se, ainda, ao chamado *inventário negativo*, que não tem previsão legal, mas é admitido em doutrina e jurisprudência. A figura trata da hipótese em que se promove a medida judicial de inventário apenas para demonstrar que o falecido não deixou bens a inventariar. Pode parecer estranho que se use essa medida, especialmente quando dela não resultará nenhum resultado prático para os sucessores. Todavia, o emprego dessa ação para a simples demonstração de seu "insucesso" tem objetivos claros, relacionados com certas restrições dadas pela legislação material. Assim, por exemplo, sabe-se que a pessoa viúva, que tenha filho do falecido, não pode casar-se novamente enquanto não realizado o inventário (art. 1.523, I, do CC). Nesse caso, mesmo que o falecido não tenha deixado bens a partilhar, emprega-se o inventário negativo para demonstrar essa situação, a fim de permitir ao cônjuge supérstite o novo casamento.

O procedimento do inventário negativo, porque não envolve o arrolamento de bens, o pagamento de dívidas e a distribuição do patrimônio restante (deixado pelo falecido), assemelha-se muito mais a um procedimento de jurisdição voluntária, que objetiva apenas a demonstração do falecimento e a satisfação do requisito legal. Por isso, seu regime é muito mais simples do que o procedimento previsto pelo Código para o inventário.

Bastará a tomada das informações do interessado, que indicará o falecimento e suas circunstâncias, a relação dos herdeiros deixados e a inexistência de bens a inventariar. Ouvidos o Ministério Público e a Fazenda Pública, para eventual manifestação, e não havendo impugnação de ninguém, homologa o magistrado essa justificação, dando por cumprida a exigência legal.

6.3. O inventário

Como já apontado, o inventário é o procedimento padrão para a apuração do patrimônio do falecido, o pagamento de eventuais credores deixados e a divisão dos bens e direitos restantes entre os sucessores. Trata-se de procedimento mais complexo do que os demais destinados ao mesmo fim (arrolamento comum e arrolamento sumário), exatamente porque comporta maiores discussões e mais alongado regime para a repartição dos bens.

O inventário constitui medida de jurisdição contenciosa, já que admite plena controvérsia sobre os bens a serem partilhados e sobre a forma da partilha em si. Poderia, porém, ter sido este procedimento colocado entre os procedimentos de jurisdição voluntária, já que o litígio não é essencial à demanda, sendo certo que também nos procedimentos de jurisdição voluntária é possível o surgimento ocasional de lide.

Prevê a lei que o inventário seja iniciado em prazo máximo de dois meses da abertura da sucessão, devendo encerrar-se em no máximo doze meses após seu início (art. 611 do CPC). A fixação desses prazos tem em vista a necessidade de rápida individualização da

atribuição dos bens da sucessão – a par de permitir a pronta satisfação dos interesses da Fazenda Pública no recebimento do imposto *causa mortis* a que faz jus.

Isso, porém, não implica dizer que, passado o prazo de sessenta dias, perca-se o direito de ajuizar a medida. Sempre haverá esse direito, mas excedido o prazo fixado na lei processual, ficarão os interessados sujeitos, eventualmente, a multa (normalmente atrelada à obrigação tributária do pagamento de imposto devido em razão da transferência de bens por óbito) fixada por lei estadual.[3] Na vigência do Código anterior, autorizava-se o juiz a, ultrapassado o prazo em estudo, iniciar de ofício o procedimento de inventário. Essa possibilidade não existe mais, devendo em qualquer caso o processo iniciar-se por impulso de algum dos sujeitos interessados, como se verá adiante.

Do mesmo modo, pode ocorrer (e normalmente ocorre) que o inventário não possa ser concluído no prazo de um ano, prescrito na lei. Nesse caso, é possível que o magistrado prorrogue o prazo para o término do procedimento, sempre que isso for necessário (art. 611 do CPC). A necessidade de prorrogação do prazo para a conclusão do processo pode decorrer de várias causas e dificilmente poderia haver previsão dos casos em que ela poderia ocorrer. Todavia, eventualmente, em sendo imputável ao inventariante essa demora na conclusão do processo, pode ele ser removido, nos termos do que prevê o art. 622, II, do CPC.

Em regra, todas as questões suscitadas no inventário, de fato e de direito, devem ser decididas pelo juiz que preside o processo. Porém, como afirma o art. 612 do CPC, sempre que as questões exigirem outras provas que não a documental,[4] deverá juiz remeter as partes às vias ordinárias. Recorde-se, aqui, que o conceito de *prova documental* não se confunde com a ideia de *prova documentada*. A prova documental é aquela que permite ao juiz, por meio do suporte, o conhecimento *direto* e *imediato* do fato, independentemente da intermediação de alguém. Já a prova documentada representa a ideia de qualquer meio de prova, que venha aos autos "documentada", ou seja, traduzida por um documento. Assim, por exemplo, um laudo pericial é prova documentada, mas obviamente não é prova documental, já que o conhecimento do fato pelo juiz é intermediado pelo perito.[5] Com essas considerações, pode-se afirmar que somente quando os fatos alegados – e objeto da controvérsia – estiverem provados por prova *direta*, documental.

O Código traz várias hipóteses em que a discussão que exigir prova não documental deve ser remetida a demanda própria. Assim, por exemplo, afirma o art. 627, § 3.º, do CPC, que o litígio sobre a qualidade de herdeiro que demande prova não documental deve ser feita em processo apartado. Do mesmo modo, o herdeiro que se julgar preterido deverá discutir seu direito em via própria, se a prova de seu interesse extrapolar o campo documental (art. 628, § 2.º). Também o debate a respeito dos bens que devem ser colacionados (art. 641, § 2.º) ou sobre créditos de terceiros (art. 643), se exigir prova não documental, deve ser deixada para processo próprio.

Enfim, o processo de inventário possui cognição limitada no campo da prova (à semelhança do que ocorre com o mandado de segurança), de modo que os temas que não puderem ser provados por prova documental devem ser enfrentados "nas vias ordinárias", ou seja, em demanda própria.

6.3.1. Competência para o inventário

A competência para o inventário é regulada pelo art. 48 do CPC.[6] Por isso, como regra geral, o inventário deverá ser ajuizado no foro do último domicílio do autor da herança no Brasil, ainda que o óbito tenha ocorrido no exterior. Se, porém, o falecido não possuía domicílio certo, a ação deve ser proposta no lugar da situação dos bens imóveis; se houver imóveis em vários lugares distintos, será competente qualquer deles; se não houver imóveis a inventariar, então será competente o foro de qualquer dos bens móveis (art. 48, parágrafo único, do CPC). A lei não trata da hipótese em que o autor da herança, falecido no exterior, não tinha domicílio certo no Brasil, sendo necessário nesse caso aplicar o contido no art. 46, §§ 2.º e 3.º, do CPC, devendo a ação ser ajuizada, no Brasil, no domicílio do autor ou, se este também não residir no País, em qualquer foro.

Em se tratando de ausente, o inventário dele realizado deve ser proposto no foro de seu último domicílio (art. 49 do CPC).

De todo modo, a competência em questão é relativa, podendo-se propor a demanda em qualquer outro foro, independentemente da condição dos herdeiros.[7]

6.3.2. Legitimação para o inventário

Segundo prevê o art. 615, a abertura do inventário cabe, primeiramente, à pessoa que estiver na posse e administração do espólio, na época da sucessão. Em regra, esta será ou o cônjuge ou um dos filhos do falecido, que deve observar o prazo antes examinado.

Estes, porém, não são os únicos legitimados para a instauração do processo, tocando essa faculdade, concorrentemente, na forma do art. 616, ao cônjuge ou companheiro supérstite, ao herdeiro, ao legatário, ao testamenteiro, ao cessionário do herdeiro ou do legatário, ao credor do herdeiro, do legatário ou do autor da herança, ao Ministério Público (se houver herdeiro incapaz), à Fazenda Pública (se tiver interesse) ou ainda ao administrador judicial da falência do herdeiro, do legatário, do autor da herança ou do cônjuge ou companheiro supérstite.

A legitimidade concorrente para a abertura do inventário, porém, não se reflete nas sanções pela inobservância ao prazo de dois meses, estabelecido no art. 611. A multa eventualmente incidente é de exclusiva responsabilidade daquele que esteja na posse e administração dos bens, não se estendendo aos outros colegitimados.

Ainda no que se refere às partes do inventário, vale referir ao disposto no art. 671 do

CPC, que prevê a necessidade de designação de curador especial ao ausente participante do procedimento, se não o tiver, ou ainda ao incapaz, sempre que concorrer na partilha com o seu representante, em havendo colisão de interesses.

6.3.3. O inventariante e o administrador provisório

Enquanto pende o processo de inventário, é necessário que a alguém seja atribuído o encargo da administração e da representação do espólio, mesmo porque este não pode ficar acéfalo, ou seja, sem que alguém se responsabilize por sua gestão ou pelas relações jurídicas que o envolvem.

Essas atribuições podem, no processo de inventário, ser atribuídas, fundamentalmente, a duas pessoas: ao administrador provisório e ao inventariante.

O primeiro (administrador provisório), como o próprio nome indica, terá designação estritamente *provisória*, que durará apenas até a nomeação definitiva do inventariante. Até então, o espólio permanecerá na posse do administrador provisório (art. 613) tocando a ele a gestão e a representação do espólio (art. 614 do CPC). Não há, em princípio (salvo no caso descrito no art. 1.797, IV, do CC), nomeação judicial do administrador provisório, recaindo, normalmente, a atribuição àquele que estiver na posse e administração dos bens na época da abertura da sucessão. Em regra, por isso, será administrador provisório o cônjuge ou companheiro supérstite da pessoa falecida, especialmente se estiver na posse dos bens do acervo hereditário, cabendo, sucessivamente, o encargo a outras pessoas, na forma da legislação material.[8]

Ao administrador provisório compete: (*a)* a representação ativa e passiva (judicial ou não) do espólio; (*b)* o aporte ao acervo de bens dos frutos que desde a abertura da sucessão percebeu; (*c)* a gestão dos bens do falecido até a nomeação do inventariante; (*d)* a iniciativa na abertura do inventário (arts. 614 e 615 do CPC). Tem ele direito ao reembolso das despesas efetuadas, sejam as necessárias, sejam as úteis, respondendo ademais por eventuais danos que, por dolo ou culpa, tenha ocasionado (art. 614 do CPC).

O inventariante, por outro lado, será o administrador "definitivo" do espólio, na pendência do inventário. Suas atribuições são bem mais amplas do que as do administrador provisório e suas atividades somente se encerram quando é concluído o processo de inventário.

Prevê a lei dois tipos de inventariante: o *legítimo* e o *dativo*. Inventariante legítimo é aquele nomeado entre as pessoas elencadas no rol do art. 616, I a VI, do CPC.[9] A ele compete não apenas a administração dos bens e interesses do espólio, mas também a representação judicial e extrajudicial deste (art. 618, I, c/c o art. 75, § 1.º). Quando, porém, não houver inventariante legítimo que possa cumprir as suas funções – ou porque não existe pessoa que se insira em um dos casos dos incs. I a VI do art. 617, ou porque aquela que existe não tem idoneidade para desempenhar o encargo, ou ainda porque as

que existem não podem exercer a função por motivo justo – então deverá o juiz nomear um inventariante *dativo* para o espólio. Poderá ser inventariante dativo ou o inventariante judicial, onde houver, ou pessoa estranha, idônea, onde não existir inventariante judicial (art. 617, VII e VIII, do CPC). Embora o inventariante dativo tenha a atribuição de administrar o patrimônio deixado pelo falecido, não tem ele a função de representar o espólio em juízo, competindo essa tarefa a todos os herdeiros, em litisconsórcio necessário (art. 75, § 1.º, do CPC).

O inventariante, uma vez nomeado, deverá prestar compromisso, em cinco dias, de bem desempenhar suas funções.

O inventariante possui diversas atribuições. Algumas delas, desempenha por sua própria conta, dependendo, todavia, da autorização judicial e da oitiva dos interessados, para a prática de outras. Conforme dispõe o art. 618 do CPC, compete ao inventariante, até o trânsito em julgado da sentença de partilha,[10] independentemente de prévia autorização judicial: I – representar o espólio ativa e passivamente, judicial ou extrajudicialmente, excetuada a hipótese do inventariante dativo antes mencionada; II – administrar o espólio, cuidando dos bens como se fossem seus; III – prestar as primeiras e últimas declarações pessoalmente ou por procurador com poderes especiais; IV – exibir em cartório, sempre que demandado, para exame das partes, os documentos relativos ao espólio; V – juntar aos autos certidão do testamento, se houver; VI – trazer à colação os bens recebidos pelo herdeiro ausente, renunciante ou excluído; VII – prestar contas de sua gestão ao deixar o cargo ou sempre que o juiz lhe determinar; VIII – requerer a declaração de insolvência. Outrossim, toca ao inventariante, apenas com autorização judicial e após ouvidos os interessados: I – alienar bens do espólio; II – participar de transações judiciais ou extrajudiciais; III – pagar dívidas do espólio; IV – realizar as despesas necessárias para a conservação e o melhoramento dos bens do espólio (art. 619 do CPC).

Nomeado o inventariante, pode ele perder o cargo que lhe fora atribuído, em diversas circunstâncias. A doutrina distingue, entre os casos de perda da função de inventariante, as hipóteses de *destituição* dos casos de *remoção* do inventariante.[11] A distinção, porque não traz consequências no plano processual, é desprovida de interesse neste campo – *valendo apenas salientar que o rol de motivos do art. 622 do CPC, não é exaustivo*, devendo ser combinado a outras razões que aconselhem a troca do inventariante –, de modo que, em todo caso, o regime da perda da condição de inventariante é o mesmo.

Segundo a lei brasileira, deverá ser removido o inventariante: I – quando não prestar, no prazo legal, as primeiras e as últimas declarações; II – quando não der ao inventário andamento adequado, suscitando dúvidas infundadas ou praticando atos meramente protelatórios; III – quando, por culpa sua, houver deterioração, dilapidação ou dano dos bens do espólio; IV – quando não defender o espólio nas ações em que for citado, deixar de cobrar dívidas ativas ou não promover as medidas necessárias para evitar o perecimento de direitos; V – quando não prestar contas ou as que prestar não forem julgadas adequadas; VI – quando sonegar, ocultar ou desviar bens do espólio (art. 622 do

CPC).

A remoção do inventariante pode ser feita de ofício, independentemente de requerimento de interessado. Se, porém, houver requerimento nesse sentido, deverá o incidente ser autuado em apenso ao inventário, ouvindo-se o inventariante no prazo de quinze dias, prazo em que poderá também ele produzir provas de suas razões (art. 623). Findo esse prazo, com ou sem manifestação do inventariante, deve o juiz decidir. Se entender por remover o inventariante, segundo prevê o art. 624, parágrafo único, deve, no mesmo ato, nomear outro, segundo a ordem prevista no art. 617 do CPC, cabendo ao inventariante removido entregar imediatamente ao substituto os bens do espólio, sob pena de ser compelido mediante mandado de busca e apreensão ou imissão na posse, a par de responder por multa, de valor não superior a três por cento do valor dos bens inventariados (art. 625).

6.3.4. Cumulação de ações no inventário

O rito de inventário, por sua especialidade – que sequer se converte em rito comum no curso do procedimento –, em regra não admite cumulação com outras espécies de demandas (art. 327, § 1º, III, do CPC).

Porém, excepcionalmente, admite-se a cumulação *de inventários*, sempre que haja relação entre os autores da herança. Assim, admite-se a cumulação de inventários sempre que houver: I – identidade das pessoas entre quem deve ser repartido o espólio; II – heranças deixadas pelos dois cônjuges ou companheiros; III – relação de dependência entre uma das partilhas em relação à outra (art. 672).

Por outras palavras, entendeu o legislador que, tratando-se da discussão sobre a partilha do mesmo conjunto de bens ou havendo relação de prejudicialidade entre uma e outra demanda, então é até recomendável a reunião dessas discussões, sob pena de duplicarem-se, inutilmente, atos processuais e gerar indesejável retardamento processual.

De toda sorte, sempre que a dependência entre as partilhas for apenas parcial, pode o magistrado cindir a tramitação da partilha dos bens que não são comuns, se isso for mais conveniente para as partes ou contribuir para a celeridade processual (art. 672, parágrafo único, do CPC).

6.3.5. Procedimento do inventário

O inventário se inicia por requerimento de um dos legitimados dos arts. 615 ou 616, em princípio dentro do prazo de dois meses, determinado por lei. Trata-se de requerimento simples e não de petição inicial, que tem a finalidade específica de comunicar o óbito e desencadear o procedimento para, primeiramente, nomear-se inventariante para administrar e representar o espólio. O requerimento em questão deverá ser instruído com a certidão de óbito do autor da herança (art. 615, parágrafo único, do CPC).

Iniciado o procedimento do inventário, cumpre ao juiz nomear, desde logo, o inventariante, seguindo a ordem de preferência fixada no art. 617 do CPC. Este, então, será intimado a prestar compromisso, podendo, até este momento, recusar o encargo, alegando justo motivo. Assinado o termo de compromisso, incumbirá ao inventariante, no prazo de vinte dias, apresentar as *primeiras declarações*.

6.3.5.1. As primeiras declarações

As primeiras declarações são a petição que inicia os procedimentos para a descrição do patrimônio e a identificação dos herdeiros do falecido. A sua finalidade é dar um esboço inicial da situação patrimonial do *de cujus* e dos sucessores e as dívidas por aquele deixados, a fim de permitir que os interessados possam apurar eventuais omissões ou defeitos nesse panorama primeiro.

As primeiras declarações poderão ser apresentadas oralmente, sendo então reduzidas a termo circunstanciado, ou podem ser oferecidas por escrito – sendo, depois, ratificadas por termo. Nessa peça, devem constar, obrigatoriamente: I – o nome, o estado, a idade e o domicílio do autor da herança, o dia e o lugar em que faleceu e também se deixou testamento; II – o nome, o estado, a idade, o endereço eletrônico e a residência dos herdeiros e, se houver cônjuge ou companheiro vivo, seus dados pessoais e ainda o regime de bens do casamento ou da união; III – a condição dos herdeiros e o grau de parentesco com a pessoa falecida; IV – a relação total e individualizada dos bens do espólio, aí incluídos aqueles que devem ser conferidos à colação ou os pertencentes a outrem, descrevendo: “os imóveis, com as suas especificações, nomeadamente local em que se encontram, extensão da área, limites, confrontações, benfeitorias, origem dos títulos, números das matrículas e ônus que os gravam; os móveis, com os sinais característicos; os semoventes, seu número, suas espécies, suas marcas e seus sinais distintivos; o dinheiro, as joias, os objetos de ouro e prata e as pedras preciosas, declarando-se-lhe especificadamente a qualidade, o peso e a importância; os títulos da dívida pública, bem como as ações, as quotas e os títulos de sociedade, mencionando-se-lhes o número, o valor e a data; as dívidas ativas e passivas, indicando-se-lhes as datas, os títulos, a origem da obrigação e os nomes dos credores e dos devedores; direitos e ações; o valor corrente de cada um dos bens do espólio” (art. 620 do CPC).

Se o autor da herança era empresário individual, deverá o juiz determinar, independentemente de qualquer requerimento, que se proceda ao balanço do estabelecimento; se ele era sócio de sociedade não anônima, deverá determinar a apuração de haveres (art. 620, § 1.º, do CPC).[12] Essas operações serão realizadas por perito (art. 630, parágrafo único, do CPC), sujeitando-se então às regras comuns da prova pericial, quanto à eventual indicação de assistentes técnicos ou à impugnação.

As declarações podem ser prestadas por petição, assinada por procurador com poderes especiais, referindo-se a ela o termo das primeiras declarações (art. 620, § 2.º).

6.3.5.2. As citações e manifestações sobre as primeiras declarações

Apresentadas as primeiras declarações, serão então citados o cônjuge ou o companheiro sobrevivente, os herdeiros, os legatários e a Fazenda Pública, para acompanharem os termos do inventário. Também será citado o Ministério Público, se houver herdeiro incapaz ou ausente, e ainda o testamenteiro, se o falecido deixou testamento (art. 626 do CPC). Segundo prescreve o § 1.º do art. 626 do Código, a citação do cônjuge, do companheiro, do herdeiro e do legatário deve realizar-se pelo correio.

A Fazenda Pública e o Ministério Público têm direito a modalidades específicas de comunicação de ato processual, consistente na citação pessoal, por carga ou remessa dos autos físicos, ou por meio eletrônico, se for o caso (arts. 180 e 183, § 1.º). Por isso, estabelece o art. 626, § 4.º, que o escrivão deva remeter cópias das primeiras declarações ao Ministério Público e à Fazenda Pública, bem como ao testamenteiro (se houver) e aos advogados das partes já representadas em juízo. Observe-se, porém, que para o Ministério Público e para a Fazenda Pública, não bastará a remessa dessas cópias, já que sua intervenção deve dar-se a partir da efetiva carga ou remessa dos autos, ou então, pelo emprego do mecanismo eletrônico adequado, na hipótese de processo eletrônico.

Ademais, será publicado edital para que terceiros possam ter ciência da existência do inventário e possam, assim, manifestar algum interesse na causa.

Atendendo às críticas da doutrina, que se insurgia contra a técnica utilizada no código anterior, a lei atual deixou de distinguir entre os interessados que residem no foro do inventário dos demais. No regime do código anterior, somente aqueles que se encontrassem no foro do inventário eram citados pessoalmente; os outros eram citados por edital. Agora, todos são citados por correio, o que aperfeiçoa a participação dos sujeitos no processo, sem causar prejuízo à economia processual ou à duração razoável do processo.[13]

Os interessados terão prazo comum de quinze dias para se manifestarem sobre as primeiras declarações. Embora a citação em questão não produza os efeitos da revelia, este é o momento oportuno para que os interessados possam impugnar seja a relação dos bens trazidos, seja o rol de herdeiros apontados (ou a sua condição), seja ainda a nomeação do inventariante havida (art. 627 do CPC).

Acolhida a impugnação a respeito de erros ou omissões na relação de bens ou de herdeiros, o juiz mandará retificar as primeiras declarações. Acolhida a impugnação a respeito do inventariante, este será removido, nomeando-se *incontinenti* outro para o seu lugar, observada a ordem de preferência legal. Havendo, finalmente, controvérsia sobre a condição e qualidade dos herdeiros arrolados nas primeiras declarações, sempre que a questão demande a avaliação de provas que não exclusivamente a documental, as partes serão remetidas às vias ordinárias, suspendendo, até o julgamento da ação,[14] a entrega do

quinhão que competiria ao herdeiro impugnado; sendo questão de simples solução – porque a matéria está provada documentalmente –, deverá o juiz do inventário decidir sobre o tema, retirando o sujeito impugnado ou mantendo-o como herdeiro (art. 627, § 3.º).

Dessas decisões aí tomadas é cabível o recurso de agravo de instrumento (art. 1.012, parágrafo único, do CPC), já que, embora elas se refiram ao mérito da demanda de inventário, não há, aqui, sentença, pois não se encerra fase (cognitiva ou executiva) do processo.

6.3.5.3. O herdeiro preterido

Havendo pessoa que se entenda preterida, porque não incluída no rol dos herdeiros, este pode demandar sua admissão no inventário, desde que o faça antes da partilha. Ouvidas as partes no prazo comum de quinze dias, cumpre ao juiz decidir sobre esse ingresso. Se entender que a discussão exige prova não documental, remeterá os interessados às vias ordinárias – o que obrigará o suposto herdeiro preterido a propor ação de petição de herança, para ver reconhecida a sua condição de herdeiro e, consequentemente, seu direito ao quinhão –, mandando reservar o quinhão que tocaria a esse herdeiro preterido até o julgamento do litígio.[15] Se, porém, a questão puder ser sanada apenas a partir da prova documental anexada aos autos, deverá o juiz do inventário decidir a controvérsia, admitindo ou não o suposto herdeiro no processo (art. 628).

6.3.5.4. As colações

No mesmo prazo previsto para os interessados se manifestarem sobre as primeiras declarações (art. 627 do CPC), deverão os herdeiros donatários, obrigados à colação, trazer para conferência os bens recebidos ou o seu valor (art. 639 do CPC).

Os *descendentes* (e também o cônjuge ou o companheiro sobrevivente) que tiverem recebido doações do ascendente, em vida, são obrigados, quando concorrerem com outros herdeiros de mesmo grau, a levar à colação os bens recebidos, a fim de igualar a legítima devida a cada um (art. 2.002 do CC). Essas doações são consideradas como adiantamento de legítima, de modo que precisam ser computadas no valor total do espólio, a fim de dar tratamento igualitário a todos os sucessores.

Não apresentando esses bens à conferência, haverá a *sonegação*, com as consequências a serem adiante examinadas.

Dispensam-se da colação as doações que saiam da parte disponível do patrimônio passível de sucessão (art. 2.005 do CC) e os gastos ordinários do ascendente com o descendente, enquanto menor, na sua educação, estudos, sustento, vestuário, tratamento nas enfermidades, enxoval, assim como as despesas de casamento, ou as feitas no interesse de sua defesa em processo-crime (art. 2.010 do CC), bem como as despesas

remuneratórias (art. 2.011 do CC).

O Código Civil brasileiro prevê que bens trazidos à colação devem ser avaliados pelo valor que for atribuído no ato de liberalidade (art. 2.004 do CC). Afirma ainda que, caso não conste no ato o valor dos bens, este serão conferidos na partilha pelo valor estimado no tempo do ato de disposição (art. 2.004, § 1.º, do CC). Enfim, prevê que somente se deva considerar o valor do bem a ser colacionado, e não o das eventuais benfeitorias acrescidas, que deveriam pertencer ao herdeiro donatário (art. 2.004, § 2.º, do CC). Todavia, o Código de Processo Civil, repetindo o contido no art. 1.014, parágrafo único, do Código Processual de 1973, prevê que os bens que devem ser colacionados, *e também as suas acessões ou benfeitorias*, devam ter seu valor calculado "pelo valor que tiverem ao tempo da abertura da sucessão" (art. 639, parágrafo único, do CPC). Conclui-se, então, que estão revogados os comandos do Código Civil, à vista da regra mais recente do Código de Processo Civil, de modo que o valor dos bens que deveriam ser colacionados deve ser apurado segundo aquilo que valeriam ao tempo da abertura da sucessão.

O dever de colação é imputável não apenas aos herdeiros que participam do inventário, mas ainda ao herdeiro que renunciou à herança ou que dela foi excluído, para fins de repor a parte que exceder o disponível do autor da herança (art. 640 do CPC). Para esse fim, o donatário pode escolher, dos bens doados, tantos quantos bastem para compor a legítima e a metade disponível, entrando na partilha o excedente que será dividido entre os outros sucessores (art. 640, § 1.º, do CPC). Do mesmo modo, se a parte excedente da doação recair sobre bem imóvel, que não comporte divisão cômoda, o juiz determinará a realização de licitação entre os herdeiros (podendo, obviamente, participar dela o herdeiro donatário), ficando com o bem aquele que oferecer melhor proposta; em igualdade de condições, haverá preferência para o donatário (art. 640, § 2.º, do CPC).

Caso o herdeiro donatário negue o dever de conferência ou o recebimento dos bens, o juiz ouvirá os interessados no prazo comum de quinze dias, decidindo então. Imposta a colação, se o herdeiro, no prazo improrrogável de quinze dias, não efetuar a conferência, o juiz mandará sequestrar o bem ou imputar ao quinhão do referido herdeiro o valor respectivo, se o bem já não mais existir (art. 641, § 1.º, do CPC). Caso a questão exija, para sua solução, prova que não seja a documental, as partes serão remetidas a processo autônomo, não podendo o herdeiro receber seu quinhão enquanto não resolvida a questão, salvo prestando caução equivalente aos bens cuja colação se discute (art. 641, § 2.º, do CPC).

6.3.5.5. Sonegação

Ocorre sonegação quando se verifica a ocultação maliciosa de bens do espólio, seja por ato do inventariante – que deixa de arrolar certos bens para o inventário –, seja por ato do herdeiro, que deixa de trazer à colação bens que estariam sujeitos a esse regime ou deixa de trazer aqueles que, embora pertencentes ao espólio, estão em seu poder ou no de outrem (com seu conhecimento).[16]

Havendo sonegação por parte do inventariante, este deve ser removido, ante a infração de dever que lhe é imposto (art. 622, VI, do CPC e art. 1.993 do CC). Em se tratando de herdeiro o responsável pela sonegação, este perderá o direito que lhe cabia sobre o bem sonegado, ou pagará o seu valor correspondente, mais perdas e danos, se não o tiver mais (art. 1.992 e 1.995 do CC).

A sonegação de bens deve ser arguida por via própria (chamada ação dos sonegados), a ser iniciada por herdeiro ou por credor do espólio (art. 1.994 do CC). Somente pode ser promovida: (*a)* contra o inventariante após o encerramento da descrição dos bens, nas últimas declarações, depois da declaração por este feita de que não existem outros bens a inventariar; (*b)* contra o herdeiro, depois de sua declaração de não possuir bens abrangidos pelo inventário ou passíveis de colação (art. 621 do CPC e art. 1.996 do CC). O feito tramitará pelo rito comum, prescrevendo em dez anos (art. 205 do CC).

6.3.5.6. Repercussões fiscais e avaliação do espólio

Após o prazo para a impugnação das primeiras declarações, terá vista do processo, por vinte dias, a Fazenda Pública, a fim de que informe ao juízo, de acordo com os dados presentes em seu cadastro imobiliário, o valor dos bens de raiz descritos nas primeiras declarações (art. 629 do CPC).

Do mesmo modo, não havendo impugnação às primeiras declarações – ou resolvidas as insurgências havidas –, o juiz determinará ao avaliador judicial que proceda à avaliação dos bens do espólio. Se, na comarca, não houver avaliador judicial, será nomeado perito para essa atividade. A avaliação em questão tem o sentido da apuração exata do valor do espólio, a fim de permitir a justa distribuição dos quinhões entre os sucessores. Por isso, essa perícia é feita seguindo os moldes da avaliação para fins de execução (art. 631, c/c os arts. 872 e 873 do CPC), devendo o *expert*, sempre que possível, sugerir eventuais desmembramentos dos bens a fim de atender aos objetivos da partilha.

Para os fins dessa avaliação, todos os bens deverão ser considerados. Assim, se houver bens fora da comarca em que tramita o inventário, deverá ser expedida carta precatória para a avaliação *in loco* do bem. A precatória, porém, é dispensada em relação aos bens de pequeno valor ou perfeitamente conhecidos pelo perito nomeado (art. 632 do CPC), pois o custo da carta, nesse caso, não justificaria o benefício resultante. Do mesmo modo, se a Fazenda Pública concordar com o valor atribuído nas primeiras declarações, sendo todos os herdeiros capazes, ou se os herdeiros concordarem com o valor declarado pela Fazenda Pública, não há sentido em se proceder à avaliação (ao menos dos bens sobre os quais não há controvérsia), dispensando-se a medida e sendo aceito o valor atribuído (arts. 633 e 634 do CPC). Enfim, entende-se como desnecessária a avaliação sempre que se puder obter, por outra forma segura, a informação precisa sobre o valor dos bens que compõem o espólio – o que ocorreria, por exemplo, em relação a bens que tenham cotação em bolsa, ou que possam ser avaliados com base em seu valor venal, ou que já tenham recentemente passado por outro processo avaliatório judicial.

Apresentado o laudo de avaliação, poderão as partes sobre ele se manifestar no prazo comum de quinze dias. Havendo impugnação, cabe ao juiz decidi-la de plano, se for o caso determinando ao perito que retifique a avaliação, pautando-se pelos parâmetros da decisão judicial (art. 635 do CPC).

Ainda que o Código atual não preveja mais, de forma expressa, ao contrário do que fazia o Código de Processo Civil de 1973, a possibilidade de nova avaliação dos bens, é evidente que, sempre que necessário, é possível que o magistrado determine a repetição da avaliação, sempre que isso se mostre fundamental para a perfeita definição do espólio.

Efetuada a avaliação e não havendo impugnação – ou resolvidas as que foram opostas –, cumpre ao inventariante apresentar as últimas declarações, em que poderá emendar, aditar ou completar as primeiras (art. 636 do CPC). Com essa providência, tem-se, ao menos em princípio, um retrato exato do patrimônio deixado pelo falecido, com seu valor atual, e dos sucessores que podem partilhar aqueles bens. É, então, com base nesse retrato, que se procederá à divisão dos bens entre os sucessores.

Apresentadas as últimas declarações, podem as partes sobre elas se manifestar, no prazo de quinze dias e, se não houver impugnação, procede-se ao cálculo do imposto *mortis causa* pelo contador judicial (art. 637 do CPC).[17-18-19-20-21-22]

Efetuado o cálculo do tributo, serão então ouvidas novamente as partes no prazo comum de cinco dias (que correrá em cartório), e, posteriormente, poderá manifestar-se a Fazenda Pública. Havendo impugnação julgada procedente, realiza-se novo cálculo do imposto, segundo os critérios determinados na decisão judicial, a ser submetida a nova deliberação do juízo. Homologado o valor do imposto, será determinado o seu recolhimento junto à Fazenda Pública.[23]

6.3.5.7. O pagamento de dívidas

Antes de iniciada a partilha dos bens entre os sucessores, é necessário quitar eventuais dívidas deixadas pelo falecido. Isso porque o espólio continua responsável pelos débitos do falecido, ao passo que os herdeiros, depois de efetuada a partilha, não respondem por essas dívidas, a não ser até o limite da força da herança, ou seja, até o montante recebido como quinhão hereditário (art. 1.997 do CC).

Por isso, eventuais credores existentes do falecido podem habilitar seus créditos junto ao inventário, a fim de receber a importância a que têm direito antes de efetuada a partilha. Em princípio, somente dívidas exigíveis e vencidas podem ser pretendidas, havendo, entretanto, algumas espécies de crédito que não se sujeitam a esse regime para obter satisfação.[24] Em caso de dívidas ainda não vencidas, mas certas, poderá ser requerida a reserva de valor suficiente para saldar a dívida, mas não o pronto pagamento.

O interessado deverá oferecer petição escrita, dirigida ao juízo do inventário, instruída

com prova literal da dívida, buscando o pagamento. O pedido será distribuído por dependência e autuado em apenso aos autos de inventário, ouvindo-se as partes do processo. Também deverão ser ouvidos os donatários, sempre que o pagamento possa repercutir na diminuição dos atos de liberalidade (art. 642, § 5.º).

Havendo concordância com o pagamento, o juiz declarará habilitado o credor, mandando reservar-lhe montante (em dinheiro ou, se não houver, em bens) para saldar o seu crédito. Ultimadas as mesmas providências em relação a todos os credores habilitados, repartir-se-á entre eles o dinheiro existente, segundo a ordem de preferência de pagamentos, alienando-se, então, em hasta pública ou por iniciativa particular, os bens separados, da mesma forma como se procede em relação à execução (art. 642 do CPC). O credor interessado pode requerer a adjudicação de bens – ao invés do pagamento de dinheiro –, que lhe será deferida se concordarem todas as partes.[25]

Se alguma das partes discordar do pagamento, serão os envolvidos remetidos às vias ordinárias, para a solução da controvérsia, devendo o juiz, porém, se a dívida estiver comprovada documentalmente e a impugnação não versar sobre quitação (estando demonstrada por prova robusta), determinar a reserva de bens suficientes para pagamento ao credor (art. 643 do CPC e art. 1.997, § 1.º, do CC).[26]

No caso de dívida líquida e certa *ainda não vencida*, pode o credor requerer sua habilitação e, se não houver impugnação, determinará o juiz a reserva de dinheiro (ou de bens) para futuro pagamento (art. 644 do CPC). Havendo impugnação, deve o credor aguardar o vencimento de sua dívida, habilitando-a na forma normal.

Em certos casos excepcionais, também deve ser ouvido a respeito do pagamento de dívidas do espólio o legatário. Porque este receberá bens determinados da herança, em regra não tem interesse em discutir as dívidas do espólio. Em certos casos, porém, porque seu legado também pode ser atingido por essas dívidas, admite-se que venha ele a se manifestar a respeito, especialmente quando toda a herança for dividida em legados ou quando o reconhecimento das dívidas importar redução dos legados dados (art. 645 do CPC).

6.4. Partilha

A partilha consiste na repartição dos bens do falecido entre os seus herdeiros e sucessores. Pode ocorrer que essa divisão já estivesse determinada antes da abertura da sucessão – ou por previsão em testamento, ou porque a partilha fora realizada em vida[27] –, mas, sempre que assim não seja, impõe-se a partilha para a determinação da porção do patrimônio do falecido que tocará a cada sucessor. Evidentemente, se não houver mais do que um sucessor para o patrimônio, não se pode falar em partilha, já que a ele tocará a totalidade do patrimônio, mediante adjudicação.

A partilha pode assumir duas formas básicas.

Poderá ela ser *amigável*, quando resultar da concordância de todos os sucessores sobre a forma de distribuição dos bens e direitos. Nesse caso, é necessário que todos os sucessores sejam capazes e a partilha será realizada por escritura pública, por termo nos autos do inventário ou por escritura particular homologada judicialmente (art. 2.015 do CC). A concordância de todos os herdeiros fará com que o procedimento judicial de inventário assuma, praticamente, a forma de feito de jurisdição voluntária, razão pela qual, nesse caso, empregar-se-á o rito do arrolamento sumário (art. 659 do CPC) ou a forma extrajudicial.

Não havendo acordo entre os sucessores, ou havendo sucessor incapaz, que não possa manifestar sua concordância em relação à divisão dos bens, impõe-se a atividade jurisdicional para distribuir os bens. Tem-se aí a partilha *judicial*, consistente na atividade do juiz, substituindo a vontade ou a atuação dos interessados, tendente a distribuir entre eles os bens do falecido.[28] Essa partilha ocorrerá no curso do procedimento judicial de inventário ou, dependendo do caso, no rito abreviado do arrolamento comum (art. 664 do CPC).

6.4.1. Procedimento da partilha judicial

Concluídas as últimas declarações, reservados os bens para os pagamentos devidos e determinados os herdeiros que participarão da partilha, cumpre dividir o patrimônio remanescente entre os sucessores ou adjudicar esse patrimônio ao herdeiro, se houver apenas um.

Podem os interessados realizar partilha amigável dos bens, realizada por escritura pública ou particular (neste caso, dependendo de homologação judicial), desde que todos os interessados sejam capazes (art. 2.015 do CC). Nesse caso, a partilha será apresentada e reduzida a termo no inventário.[29]

Não havendo, porém, concordância a respeito do tema, proceder-se-á à partilha judicial.

Para elaborar a partilha, depois da reserva de bens para pagamento das dívidas e da apresentação das últimas declarações, o juiz ouvirá os interessados, para que, no prazo comum de quinze dias, formulem seus pedidos a respeito dos quinhões respectivos. Feitos os requerimentos, deverá o juiz deliberar sobre eles, designando os bens que deverão compor cada quinhão de herdeiro ou de legatário (art. 647 do CPC). A divisão dos quinhões deve pautar-se pela maior igualdade possível entre os herdeiros, pela prevenção a litígios futuros e pela maior comodidade entre os herdeiros, cônjuge ou companheiro, se houver (art. 648).

Caso algum dos herdeiros tenha interesse em tomar posse de algum dos bens do espólio, poderá o juiz autorizar, mesmo antes da partilha, essa concessão do direito de uso e fruição, desde que, na partilha, esse bem seja posteriormente atribuído àquele herdeiro.

Nesse caso, o herdeiro beneficiado arcará com todos os ônus e vantagens decorrentes do exercício desse direito, desonerando o inventariante da responsabilidade respectiva (art. 647, parágrafo único, do CPC).

Havendo herdeiro nascituro, o quinhão que lhe é devido será reservado, em mãos do inventariante, até o seu efetivo nascimento (art. 650). Caso, eventualmente, o nascimento não ocorra, tais bens voltam ao espólio, para sobrepartilha entre os herdeiros remanescentes.

Definidas as pretensões de cada um, tocará a um auxiliar do juízo – o chamado partidor – formular um esboço da partilha. Inicialmente, ele apurará o *monte mor,* ou seja, a somatória de todo patrimônio existente na abertura da sucessão, assinalando os respectivos valores. Depois de deduzidos os valores para pagamento das dívidas vencidas do espólio, reservados os bens para pagamentos de dívidas vincendas, e abatidos os valores gastos com o funeral, tem-se produto que, somado aos bens trazidos à colação, representa o *monte partível*, que será objeto da partilha.[30]

O esboço de partilha, assim, seguirá a seguinte ordem: I – dívidas que foram pagas; II – meação do cônjuge ou do companheiro; III – meação disponível; IV – quinhões hereditários, a começar pelo coerdeiro mais velho (art. 651 do CPC).[31]

Apresentado o plano, as partes serão ouvidas no prazo de quinze dias. Se não houver reclamações – ou resolvidas estas –, a partilha será lançada nos autos.

A partilha definitiva será formada de um *auto de orçamento*, que indicará: (a) os nomes do autor da herança, do inventariante, do cônjuge ou companheiro supérstite, dos herdeiros, dos legatários e dos credores admitidos; (b) o ativo, o passivo e o líquido partível, com as necessárias especificações; e (c) o valor de cada quinhão (art. 653, I, do CPC), e de uma *folha de pagamento, individualizada para cada parte*, que apresentará a cota a ser paga a cada sujeito, o motivo do pagamento, a relação dos bens que compõem cada quinhão, as características de cada bem e eventuais ônus incidentes sobre eles (art. 653, II, do CPC). Todas as peças devem ser assinadas pelo juiz e pelo escrivão.

Havendo bens que não permitam divisão cômoda, e que não caibam no quinhão de qualquer interessado, deverão eles ser alienados, partilhando-se o valor apurado, salvo se houver acordo em sentido distinto ou se algum herdeiro se prontificar a adjudicar o bem, repondo o valor da diferença para partilha (art. 2.019 do CC).

Realizado o pagamento dos tributos incidentes e juntada aos autos a certidão negativa respectiva, o juiz homologará a partilha (art. 654 do CPC).[32] Esta sentença, embora homologatória, é apelável e a partir dela é que se tem por rompido o vínculo de comunhão que unia os herdeiros, passando, cada qual, a responder pela parcela que lhe foi atribuída.

Transitada em julgado a sentença que homologa a partilha, os herdeiros receberão os

bens que lhes foram atribuídos e um formal de partilha, que deverá conter as peças enumeradas no art. 655 do CPC. Esse formal, como se sabe, é título executivo (art. 515, IV, do CPC) e habilita eventual execução, embora apenas entre os herdeiros, sucessores e inventariante. Também, esse formal, quando atinente a imóvel, deve ser levado a registro, junto à matrícula do respectivo imóvel (art. 167, I, n. 25, da LRP).

Quando o quinhão referente a cada herdeiro for inferior a cinco vezes o salário mínimo, o formal pode ser substituído por certidão do pagamento do quinhão hereditário, transcrevendo-se nela a sentença de partilha transitada em julgado (art. 655, parágrafo único, do CPC).

Verificando-se ulteriormente – mesmo depois de transitada em julgado a sentença de partilha – a existência de erro de fato na descrição dos bens partilhados, é possível a emenda à partilha, desde que concordem todas as partes. Do mesmo modo, havendo na partilha (ou no formal dela tirado) inexatidões materiais, a qualquer tempo, de ofício ou a requerimento, pode o juiz corrigi-las, independentemente de maiores formalidades (art. 656 do CPC).

6.4.2. Desfazimento da partilha

Viu-se que a partilha pode assumir duas formas básicas: a amigável e a judicial.

A partilha amigável resulta da concordância das partes, tendo, portanto, origem em um ato privado, no qual concorrem a vontade de todos os interessados na divisão dos bens da herança.

Por isso, é possível que, em havendo vício do consentimento (ou inexistência de consentimento, no caso de participação de incapaz no acordo), a partilha amigável seja anulada por meio de ação própria (art. 2.027 do CC, na redação que lhe deu o art. 1.068 do CPC). Esta ação tem prazo decadencial de um ano, a contar "I – no caso de coação, do dia em que ela cessou; II – no caso de erro ou dolo, no dia em que se realizou o ato; III – quanto ao incapaz, do dia em que cessar a incapacidade" (art. 657, parágrafo único, do CPC). Pode ser proposta por qualquer participante do processo judicial de sucessão (arrolamento sumário), devendo ter como réus todos os beneficiários da partilha impugnada.[33]

Do mesmo modo, a partilha judicial – que decorre não da vontade das partes, mas de decisão judicial – pode ser anulada se houver dolo, coação, erro essencial ou intervenção de incapaz, se não forem obedecidas as formalidades legais ou se houve preterimento de herdeiro ou inclusão de quem não o seja (art. 658 do CPC). Esta ação, embora atinja sentença homologatória, porque se dirige mais especificamente contra a partilha realizada, não segue o rito da rescisória, mas sim da ação anulatória descrita no art. 966, § 4.º, do CPC. Por isso, trata-se de ação comum, a ser ajuizada no primeiro grau de jurisdição, tendo prazo de prescrição próprio (arts. 178, 179 e 205 do CC).

6.5. Arrolamento

O rito do arrolamento é previsto como uma abreviação do inventário, para causas menos complexas, em que seriam exageradas as exigências formais – de cálculos e complexa interação entre as partes.

Fundamentalmente, esse rito é adotado em quatro situações específicas: *(a)* quando todos os herdeiros forem capazes e estiverem de acordo sobre a forma da partilha dos bens (art. 659 do CPC); *(b)* quando existir apenas um herdeiro, de modo que toda a herança ser-lhe-á transmitida por adjudicação (art. 659, § 1.º, do CPC); *(c)* quando o valor da herança for igual ou inferior a mil salários mínimos (art. 664 do CPC); *(d)* quando, na hipótese de herança igual ou inferior a mil salários mínimos, houver interesse de incapaz, mas estiverem de acordo todas as partes e o Ministério Público (art. 665 do CPC).

Conhecem-se duas formas de arrolamento, o *comum* e o *sumário*. O primeiro, tratado pelo art. 679 do Código de Processo, é empregado para as duas hipóteses em que o valor da herança não supere o montante de mil salários mínimos. Já o segundo, descrito nos arts. 659 a 663 do CPC, é utilizado para o caso de partilha amigável de herdeiros capazes ou para a hipótese de adjudicação quando exista um só herdeiro.

6.5.1. O arrolamento sumário

O arrolamento sumário inicia-se por petição inicial, em que os herdeiros – em litisconsórcio ativo necessário – independentemente de qualquer termo: "I – requererão ao juiz a nomeação do inventariante que designarem; II – declararão os títulos dos herdeiros e os bens do espólio, observado o disposto no art. 630; III – atribuirão o valor dos bens do espólio, para fins de partilha" (art. 660 do CPC). Deverá, evidentemente, acompanhar a inicial a certidão de óbito do *de cujus* e o comprovante de recolhimento das custas, quando exigível.

Notando o magistrado que a causa não pode processar-se pelo rito do arrolamento, não será o caso de indeferimento da petição inicial, mas sim da conversão do rito em arrolamento.[34]

No arrolamento, não há a figura das primeiras (ou das últimas) declarações. Nomeado o inventariante (segundo a indicação dos próprios herdeiros, em comum acordo), cumpre-lhe apresentar o plano de partilha (previamente acordado pelos herdeiros), ou o pedido de adjudicação (no caso de um único herdeiro).

Também neste procedimento, não há avaliação dos bens, salvo no caso de impugnação por credor da estimativa dada aos bens arrolados (arts. 661 e 663, parágrafo único, do CPC). Também, neste rito, é vedada a discussão sobre lançamento, pagamento e quitação de taxas judiciárias e tributos (art. 662 do CPC). Essas discussões serão, se necessário, travadas em processo administrativo próprio, conduzido pelo Fisco, não ficando as

autoridades fiscais vinculadas aos valores dados aos bens no arrolamento. Por isso, não há participação da Fazenda Pública no arrolamento sumário, ficando sua atuação reservada exclusivamente ao plano extrajudicial.

De toda sorte, diz a lei que após a lavratura do formal de partilha ou da carta de adjudicação, deve-se proceder à intimação do fisco, para que proceda ao lançamento dos tributos devidos. Eventuais discussões a respeito desse lançamento não podem ser conhecidos no processo de arrolamento, devendo ser discutidos, se for o caso, em via própria.

Mesmo a existência de credores do espólio não impede o uso do rito do arrolamento. Desde que sejam reservados bens suficientes para saldar as dívidas existentes,[35] é possível o emprego desse rito sumário, bem como a homologação da partilha ou da adjudicação (art. 663 do CPC).

6.5.2. O arrolamento comum

No arrolamento comum, a petição inicial será apresentada, da mesma forma como ocorre com o arrolamento sumário, descrevendo os títulos dos herdeiros e os bens do espólio e requerendo-se a nomeação de inventariante. Acompanhará a petição inicial a certidão de óbito do autor da herança e o comprovante de recolhimento das custas.

Nomeado o inventariante segundo as prescrições do art. 617 do CPC, cabe a ele, independentemente de compromisso, apresentar as primeiras declarações, no prazo de vinte dias, em que informará o valor dos bens do espólio e o plano de partilha (art. 664, *caput*, do CPC).

Serão então citados os interessados, bem como o Ministério Público (sempre que existir interesse de menores). A Fazenda Pública, tal como ocorre no rito do arrolamento sumário, não participa do procedimento, de modo que se dispensa a sua citação. Eventuais discussões que venham a ocorrer a respeito dos tributos incidentes serão resolvidas na seara administrativa (art. 664, § 4.º, do CPC). Todavia, ao contrário do que ocorre com o arrolamento sumário, condiciona-se aqui o julgamento da partilha à comprovação do recolhimento dos valores devidos ao Fisco (art. 664, § 5.º, do CPC).

Procedidas às citações devidas, poderão os interessados manifestar-se sobre o valor atribuído pelo inventariante aos bens, no prazo comum de dez dias. Se qualquer das partes impugnar a estimativa dos bens, será nomeado avaliador – judicial, onde houver, ou perito, nas comarcas que não dispuserem de avaliador judicial –, que oferecerá laudo em dez dias.

Apresentado o laudo, intimará o juiz as partes para comparecerem a audiência, em que será deliberado sobre todas as reclamações havidas e, se existirem, sobre o pagamento das dívidas do espólio, mandando, se necessário, reservar bens da herança para o

pagamento destes valores.

Provada a quitação dos tributos cabíveis, o juiz decidirá sobre a partilha, expedindo, depois do trânsito em julgado da respectiva sentença, o formal e os alvarás necessários.

6.6. Medidas assecuratórias e satisfativas de urgência em inventário e arrolamento

Ao examinar o procedimento, viu-se que o juiz pode, no curso do procedimento de inventário, determinar a adoção de medidas de urgência, especialmente para o fim de preservar os interesses de eventuais herdeiros preteridos ou de credores do espólio. Caberá, assim, a reserva de bens em favor dessas pessoas – ou de todas as que devam valer-se das vias ordinárias para demonstrar seus interesses legítimos –, a fim de assegurar-lhes a plena e pronta satisfação de seus direitos, se existentes.

Essas medidas, porém, possuem regime próprio, não se sujeitando exatamente ao rito da tutela antecipada, descrita a partir do art. 294 do CPC. De início, essas medidas não carecem da demonstração própria da coexistência da aparência do direito ou do risco de lesão grave e de difícil reparação.

Outrossim, intimada a parte (*v.g.*, o herdeiro preterido ou o credor) da decisão que reserva-lhe bens, esta terá o prazo de trinta dias para ajuizar a medida principal, sob pena de cessação de eficácia da medida antecipatória deferida. Do mesmo modo, cessará a eficácia da medida cautelar sempre que o juiz declarar extinto o inventário (ou o arrolamento) com ou sem resolução do mérito (art. 668 do CPC).

6.7. Sobrepartilha

A sobrepartilha corresponde à nova partilha realizada depois da conclusão da primeira. Sujeitam-se a ela os bens: "I – sonegados; II – da herança descobertos após a partilha; III – litigiosos, assim como os de liquidação difícil ou morosa; IV – situados em lugar remoto da sede do juízo onde se processa o inventário" (art. 669 do CPC). Vê-se que a sujeição à sobrepartilha não é exclusiva de bens não arrolados nas primeiras declarações ou desconhecidos à época da abertura do inventário. Ingressam nesse procedimento – a par dos bens desconhecidos – todos os bens que obstruiriam o rápido andamento do inventário, por sua litigiosidade ou pela dificuldade em sua avaliação e descrição.

Também estão sujeitos à sobrepartilha os bens reservados – para pagamento de créditos ou para a satisfação de possível herdeiro preterido – sempre que, depois da ação própria por este ajuizada, for ele derrotado, demonstrando que a reserva era desnecessária.

A sobrepartilha se faz do mesmo modo como realizada a partilha, realizando-se nos mesmos autos (art. 670 do CPC). Os bens, que serão objeto de sobrepartilha, e que

forem conhecidos na época do inventário, mas não puderem ser trazidos ao procedimento (bens litigiosos ou que se encontrem em lugar remoto, conforme os incs. III e IV do art. 669 do CPC), ficarão sob a guarda e a administração do inventariante designado no inventário ou de outra pessoa, conforme acorde a maioria dos herdeiros.

6.8. Inventário extrajudicial

O Código de Processo Civil autoriza ainda a realização de um procedimento simplificado de inventário, a ocorrer de forma extrajudicial. Esse procedimento é feito em cartório, independentemente do acompanhamento ou homologação judicial.

O inventário extrajudicial só é admitido para as situações em que não haja testamento ou herdeiro incapaz envolvido e para o caso em que todos os herdeiros (capazes) concordem com a partilha dos bens. Atendidas essas condições, poderá ser realizado o inventário e a partilha por escritura pública, que constituirá título hábil para a transferência imobiliária e também para o levantamento de importância depositada em instituição financeira (art. 610, *caput* e § 1.º, do CPC).

Exige-se, para que possa ocorrer esse procedimento extrajudicial, que todas as partes estejam assistidas por advogado – comum a todos ou não – ou ainda por defensor público, devendo necessariamente constar do ato notarial a qualificação e a assinatura desse patrono (art. 610, § 2.º, do CPC).

Trata-se de direito dos herdeiros optar pelo procedimento extrajudicial, não podendo o Estado negar-se a oferecer a estrutura correspondente, sob pena de omissão inconstitucional. Ademais, àqueles que se disserem pobres, deve ser assegurada a gratuidade tanto da escritura como dos atos notarias referentes a esse procedimento. O Código de Processo Civil anterior era expresso nesse sentido, e, embora a regra não tenha sido repetida no Código atual, é fato que esse procedimento é essencial à vida civil das pessoas. Por isso, e tomando por paralelo as regras que estabelecem a assistência judiciária gratuita (especialmente, o art. 98, § 1.º, IX, do CPC), não há razão para se afastar a gratuidade desse procedimentos, sob pena de se impor ao pobre o ajuizamento de inventário judicial, para só aí ser beneficiário com a gratuidade do serviço estatal necessário à certificação da transmissão do patrimônio da pessoa falecida.

[1] V., por todos, ANTONIO CARLOS MARCATO, *Procedimentos especiais*, cit., p. 206-207.

[2] Todavia, o art. 13 do Dec.-lei 2.292/1986, prevê que "as disposições da Lei 6.858, de 24.11.1980, não se aplicam aos procedimentos para restituições, a dependentes ou sucessores ou contribuintes falecidos, de valores relativos ao imposto sobre a renda e outros tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, bem como de resgate de cotas de fundos fiscais criados pelos Decretos-leis 157, de 10.02.1967, e 880, de 18.09.1969, que não tenham sido recebidos em vida pelos respectivos titulares".

[3] "Não é inconstitucional a multa instituída pelo Estado-membro como sanção pelo retardamento do início ou da ultimação do inventário" (Súmula 542 do STF).

4

O Código, no dispositivo mencionado, alude simplesmente a “documento”, que, como se sabe, é termo ambíguo e tanto poderia designar a prova documental como aquela que, embora tendo outra natureza, é retratada em um documento – *v.g.*, o termo de depoimento ou o laudo pericial. Todavia, a própria estrutura da regra, afirmando que as partes devem ser remetidas às vias ordinárias sempre que as questões “dependerem de outras provas”, torna clara a conclusão de que ali se está referindo à prova documental e não a qualquer documento.

5

V., sobre essa questão, a análise detida feita no vol. 2, deste *Curso*.

6

De forma semelhante, v. art. 1.785 do CC.

7

Era o que afirmava a Súmula 58 do extinto TFR: “Não é absoluta a competência definida no art. 96 do CPC, relativamente à abertura do inventário, ainda que existente interesse de menor, podendo a ação ser ajuizada em foro diverso do domicílio do inventariado”.

8

Segundo prescreve o art. 1.797 do CC, “até o compromisso do inventariante, a administração da herança caberá, sucessivamente: I – ao cônjuge ou companheiro, se com o outro convivia ao tempo da abertura da sucessão; II – ao herdeiro que estiver na posse e administração dos bens, e, se houver mais de um nessas condições, ao mais velho; III – ao testamenteiro; IV – a pessoa de confiança do juiz, na falta ou escusa das indicadas nos incisos antecedentes, ou quando tiverem de ser afastados por motivo grave levado ao conhecimento do juiz”.

9

É este o rol de inventariantes legítimos, nos termos do artigo mencionado, havendo relação de preferência dos antecedentes em relação aos posteriores: I – o cônjuge ou companheiro sobrevivente (sempre que a união persistia na época do óbito); II – o herdeiro que estiver na posse e administração do espólio; III – qualquer herdeiro; IV – o herdeiro menor, por seu representante; V – o testamenteiro, se lhe foi confiada a administração do espólio ou toda a herança estiver distribuída em legados; VI – o cessionário do herdeiro ou do legatário.

10

Art. 1.991 do CC: “Desde a assinatura do compromisso até a homologação da partilha, a administração da herança será exercida pelo inventariante”.

11

Alude-se à remoção para os casos em que o inventariante omite-se em algum dever para com o processo de inventário ou comete ato contrário aos interesses deste processo, conforme prevê o art. 622 do CPC (*v.g.,* não presta as primeiras declarações ou sonega bens do espólio). Por outro lado, diz-se que há caso de destituição nas situações em que a perda da condição de inventariante se dá por outra razão (como a perda de sua idoneidade, por condenação criminal ou falência, por exemplo).

12

“Na apuração de haveres, não prevalece o balanço não aprovado pelo sócio falecido, excluído ou que se retirou” (Súmula 265 do STF).

13

V., sobre a crítica ao regime antigo, as edições anteriores ao atual Código deste *Curso*, bem como, entre outros, ERNANI FIDELIS DOS SANTOS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VI, p. 260-261; ANTONIO CARLOS MARCATO, *Procedimentos especiais*, cit., p. 223.

14

Esta ação deve ser proposta no prazo máximo de trinta dias, sob pena de cair a reserva do quinhão determinada pelo juiz (art. 668, I, do CPC).

15

Esta ação também deve ser proposta no prazo de trinta dias, sob pena de perder eficácia a reserva do quinhão (art. 668, I, do CPC).

16

Como ressalta o art. 1.992 do CC, “o herdeiro que sonegar bens da herança, não os descrevendo no inventário quando estejam em seu poder, ou, com o seu conhecimento, no de outrem, ou que os omitir na colação, a que os deva levar, ou

que deixar de restituí-los, perderá o direito que sobre eles lhe cabia".

17

"O imposto de transmissão *causa mortis* é devido pela alíquota vigente ao tempo da abertura da sucessão" (Súmula 112 do STF).

18

"O imposto de transmissão *causa mortis* é calculado sobre o valor dos bens na data da avaliação" (Súmula 113 do STF).

19

"Sobre os honorários do advogado contratado pelo inventariante, com a homologação do juiz, não incide o imposto de transmissão *causa mortis*" (Súmula 115 do STF).

20

"Em desquite ou inventário, é legítima a cobrança do chamado imposto de reposição, quando houver desigualdade nos valores partilhados" (Súmula 116 do STF).

21

"É legítima a incidência do imposto de transmissão *causa mortis* no inventário por morte presumida" (Súmula 331 do STF).

22

"Calcula-se o imposto de transmissão *causa mortis* sobre o saldo credor da promessa de compra e venda de imóvel, no momento da abertura da sucessão do promitente vendedor" (Súmula 590 do STF).

23

"O imposto de transmissão *causa mortis* não é exigível antes da homologação do cálculo" (Súmula 114 do STF).

24

É o que ocorre, por exemplo, com dívidas tributárias, que não precisam ser habilitadas em inventário para serem satisfeitas (art. 187 do CTN).

25

Em se tratando de crédito tributário, havendo impugnação ao seu recebimento, serão os interessados remetidos às vias ordinárias, determinando o juiz, porém, sempre a reserva de bens suficientes à extinção total do crédito e seus acrescidos ou a prestação de outra forma de garantia (art. 189, parágrafo único, c/c o art. 188, § 1.º, do CTN).

26

A ação, porém, deverá ser iniciada no prazo de trinta dias, sob pena de perecimento da garantia (art. 1.997, § 2.º, do CC e art. 668, I, do CPC).

27

Art. 2.018 do CC: "É válida a partilha feita por ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários".

28

"É a partilha de caráter obrigatório, esboçada pelo partidor do juízo, em conformidade com o despacho de deliberação de partilha quando há entre os herdeiros pessoas menores ou incapazes ou ausentes, ou quando, apesar de serem maiores e capazes, há divergência entre eles" (WILSON DE OLIVEIRA, *Inventários e partilhas*, p. 156-157).

29

V., adiante, item 6.8.

30

ANTONIO CARLOS MARCATO, *Procedimentos especiais*, cit., p. 234.

31

Vale recordar que, no direito atual, o cônjuge também pode – e normalmente é – sucessor do falecido, de modo que poderá ocorrer de tocar-lhe a meação (que lhe pertence) e mais um quinhão pela condição de herdeiro (v.g., arts. 1.829, I, 1.830, 1.831, 1.832 e 1.845 do CC).

32

Afirma o art. 192 do CTN, que "Nenhuma sentença de julgamento de partilha ou adjudicação será proferida sem prova

da quitação de todos os tributos relativos aos bens do espólio, ou às suas rendas". Todavia, nos termos do art. 669, parágrafo único, do CPC, "a existência de dívida para com a Fazenda Pública não impedirá o julgamento da partilha, desde que o seu pagamento esteja devidamente garantido". Obviamente, a regra do Código de Processo Civil não tem o efeito de revogar o contido no Código Tributário Nacional, mesmo porque a matéria tributária só pode ser tratada por lei complementar (art. 146, III, da CF), mas não parece haver incompatibilidade entre a sua previsão e aquela específica da legislação tributária. O fundamental, obviamente, é que não se realize a partilha de bens em prejuízo da Fazenda Pública. Porém, desde que garantida a dívida para com a Fazenda Pública, nada impede a realização da partilha de bens.

33

ANTONIO CARLOS MARCATO, *Procedimentos especiais*, cit., p. 240.

34

O inverso também é verdadeiro, podendo o juiz converter o inventário em arrolamento, sempre que perceber a presença dos requisitos para tanto.

35

Podem os credores, como visto acima, impugnar o montante da reserva, discordando do valor atribuído aos bens separados. Nesse caso, procede-se a avaliação dos bens, a fim de não prejudicar os direitos dos credores (art. 663, parágrafo único, do CPC).

Caso

Hans, de nacionalidade alemã, nunca residiu no Brasil. Ainda assim, aqui investiu grande parte do capital acumulado durante sua vida, adquirindo 20 imóveis no litoral nordestino, os quais são destinados à locação para turistas estrangeiros. Os imóveis sempre foram administrados por ele e por sua esposa.

Com o falecimento de Hans quinze dias atrás, seus três filhos (todos maiores) e a viúva vieram ao Brasil para se inteirarem sobre a sucessão dos bens. Eles narram que o falecido deixou ainda, na Alemanha, outra filha, de dez anos de idade, havida de relação extraconjugal, cujo estado de filiação fora reconhecido por sentença judicial transitada em julgado. Eles lhe consultam, na condição de advogado, a respeito dos seguintes pontos:

a) É possível que a ação tramite na Alemanha?

b) Qual a ação cabível, o foro competente e o prazo para ajuizamento?

c) A quem competirá a administração dos bens enquanto não partilhado o patrimônio entre os herdeiros?

d) A família não tem interesse em partilhar com a filha do falecido os bens deixados no Brasil. Há uma forma legítima de excluí-la da partilha?

7. Embargos de terceiros

7.1. Observações introdutórias

Em princípio, a atividade jurisdicional apanhará as partes do processo e, em especial, o seu patrimônio. Embora os efeitos da sentença se façam sentir por toda a comunidade, apenas as partes, em regra, poderão sofrer algum prejuízo jurídico com a decisão judicial. Assim é que, normalmente, em uma execução, apenas os bens do devedor estejam sujeitos à penhora e à expropriação.

Há situações, porém, em que também o patrimônio de terceiros estará sujeito à decisão judicial, podendo ser tomado para a satisfação de certas obrigações. Haverá aí a responsabilidade patrimonial de terceiros, de que trata, por exemplo, o art. 790 do CPC.

Todavia, pode suceder que, nesse processo de atingir o patrimônio de terceiros, a atividade jurisdicional extrapole seus limites legais, e atinja bens de terceiros que não guardam nenhuma relação com o processo, com a lide ou com as partes envolvidas. Enfim, é possível que o processo acabe por atingir pessoas que não poderiam ser prejudicadas pela decisão judicial.

Porque essas pessoas não são partes ou terceiros interessados para o processo em que foi proferida a decisão que as atinge, não é admissível que venham a manifestar-se naquele feito. Não teriam legitimidade *ad causam* para atuar nos polos parciais principais do processo, nem teriam interesse jurídico para intervir, a fim de resguardar seus interesses.

Por isso, a lei lhes confere um instrumento próprio, habilitando-as a mover uma ação "contra o processo" de onde provém a decisão judicial que as atinge, a fim de verem protegidos os seus interesses e liberados os seus bens. Essa medida é a ação de embargos de terceiro.

Embora a medida seja muito empregada em face de execuções (que atingem o patrimônio do terceiro), ela é admissível sempre que se esteja diante de situação em que haja constrição judicial de bens deste terceiro que se entenda indevida. Assim, sempre que uma decisão judicial afetar o patrimônio de terceiro – ou prejudicar os seus interesses patrimoniais sobre determinado bem[1] – tem-se a admissão dos embargos de terceiro. O dano em questão, porém, deve ser dano decorrente de efetivação judicial de algum direito e não apenas em razão do reconhecimento de um direito.[2]

7.2. Natureza dos embargos de terceiro

Os embargos de terceiro têm natureza de ação própria, mesmo quando se ligam ao

processo de execução. É dizer que, ao contrário da impugnação ao cumprimento de sentença, que constitui incidente no curso do processo, os embargos de terceiro são sempre ação e processo autônomos que se dirigem contra atos praticados no processo executivo.

A finalidade comum dessa ação é a proteção possessória ou dominial do bem objeto da constrição. Poder-se-ia dizer, então, *grosso modo*, que os embargos de terceiro, em sua forma mais comum, apresentam uma pretensão possessória ou dominial específica, destinada a atacar violações da posse causadas por decisões judiciais. Por isso, seu objeto é limitado à discussão da posse (e/ou propriedade) da coisa atingida pelo ato jurisdicional, não se prestando a tratar de outros temas.

Essa forma de proteção dos interesses do terceiro constitui processo de conhecimento, com predominante função mandamental – já que sua finalidade é fazer cessar a eficácia do outro mandado judicial, que gerou a constrição indevida.[3] Possui nítido caráter acessório: os embargos de terceiro só existem e se justificam diante de uma outra demanda anterior, de onde tenha sido emitida ordem de apreensão do patrimônio do terceiro.

7.3. Cabimento e conteúdo

A ação de embargos de terceiro é admitida sempre que alguém sofrer ameaça ou efetiva constrição sobre bem que possua ou sobre os quais ostente direito incompatível com o ato de constrição (art. 674, *caput*, do CPC). Em que pese a omissão, no texto legal, à "constrição judicial", é certo que somente ela – e não a administrativa ou a privada – subsidiam os embargos de terceiros. Para os demais casos, socorrem o interessado as vias tradicionais de proteção da posse ou da propriedade.

Em princípio, a proteção se dá sobre a posse do bem, mas pode ser postulada por quem seja possuidor (apenas) ou também pelo proprietário-possuidor. A isso contribui a constatação de que também pode valer-se dos embargos de terceiro quem tenha "direito incompatível" com o ato judicial de constrição. A par dessas hipóteses genéricas, admite-se o emprego dos embargos de terceiro, entre outros casos, para: (*a) a proteção da meação ou da posse dos bens próprios do cônjuge, quando seus bens não respondam por obrigação assumida pelo outro; (b) a proteção dos interesses do terceiro adquirente de bem cuja constrição se dê em razão do reconhecimento de fraude à execução; (c) a proteção dos interesses daquele que tem seu patrimônio atingido por força de desconsideração da personalidade jurídica, se ele não fez parte do incidente correspondente; (d) para que o credor com garantia real possa impedir a expropriação do bem objeto da garantia, se ele não foi intimado, previamente, do ato expropriatório (art. 674, § 2.º).*

Por outro lado, na jurisprudência, não se admite o emprego dos embargos de terceiro para a discussão de fraude contra credores. O tema deve ser objeto de ação própria, não cabendo utilizar-se do argumento como conteúdo da ação de embargos.[4] Já a fraude à

execução, como visto acima (art. 674, § 2.º, II) pode subsidiar embargos de terceiro, já que aqui a matéria pode ser ventilada em qualquer via, não carecendo de meio próprio.

7.4. Legitimidade

Os embargos de terceiro podem ser ajuizados, em princípio, por qualquer pessoa que ostente a condição de *terceiro* em relação à demanda de onde provém a decisão judicial que ordena a constrição do bem. Esse terceiro, porque teve seu patrimônio atingido pela decisão judicial, está sempre habilitado a insurgir-se contra a indevida apreensão do bem por meio dos embargos de terceiro.

A condição de terceiro que autoriza o oferecimento desta ação, porém, nem sempre é de tão simples avaliação.

Assim, por exemplo, tende a jurisprudência a considerar que aquele que adquire bem litigioso, embora seja considerado como terceiro, não tem a prerrogativa de defender seus interesses pela via dos embargos de terceiro – salvo quando não sabia, e nem poderia saber, da litigiosidade da coisa. É que, ao ter adquirido bem sabidamente objeto de litígio, sujeita-se ao regime do art. 109 do CPC. Por isso, estará sujeito à sentença proferida entre as partes (art. 109, § 3.º, do CPC), não podendo – salvo ingressando como assistente litisconsorcial no feito (art. 109, § 2.º, do CPC) ou sucedendo a parte originária (art. 109, § 1.º, do CPC) – discutir a decisão judicial por outra via.

Do mesmo modo, o herdeiro da parte, porque é sucessor processual desta, não pode pretender colocar-se na condição de terceiro com legitimidade para os embargos de terceiro.

Por outro lado, em antagonismo à orientação jurisprudencial até então dominante,[5] o Código de Processo Civil atual admite que aquele que teve seu patrimônio atingido por força de desconsideração de personalidade jurídica, *desde que não tenha participado do incidente correspondente*, pode habilitar-se ao emprego dos embargos de terceiro.

Outrossim, o depositário do bem pode opor embargos de terceiro, salvo em relação ao processo de onde resulta o depósito, em caso de depósito judicial.

A condição de terceiro possuidor do bem, para ser aferida, evidentemente dispensa a formalização de eventual transferência do bem, no caso de alienação. Assim, pouco importa se o compromisso de compra e venda encontra-se devidamente registrado, para configurar (para o promissário-comprador) a condição de terceiro com legitimidade para os embargos de terceiro.[6]

Além do terceiro, a lei brasileira legitima a opor essa ação o cônjuge ou companheiro do executado, quando busca defender a posse de bens dotais, próprios, reservados ou de sua meação.[7] O cônjuge ou companheiro, desse modo, possui dupla defesa de seus

interesses, estando legitimado tanto para opor embargos à execução (ou impugnação ao cumprimento de sentença) como para apresentar embargos de terceiro. Quando entende que seus bens efetivamente, em tese, estariam sujeitos à execução, deve valer-se dos embargos à execução para salvaguardar seus interesses. Se, ao contrário, em sua ótica seus bens não estão sujeitos à responsabilidade patrimonial da execução, então a via correta para a defesa de seus interesses será a dos embargos de terceiro.

Tem ainda legitimidade para os embargos de terceiro aquele que possui bem objeto de alienação fiduciária. O possuidor desses bens – que não é seu proprietário, já que o domínio foi alienado ao credor fiduciário – pode opor embargos de terceiro para vê-los liberados de eventual penhora, por exemplo, exatamente pelo fato de que a qualidade de sua posse implica a impossibilidade de que esses bens sejam atingidos pela constrição judicial.[8] Do mesmo modo, tem legitimidade para os embargos de terceiro o proprietário fiduciário, para livrar o bem, que é seu, da constrição indevida, realizada contra o possuidor (art. 674, § 1.º, do CPC).

De toda sorte, verificando o juiz que há algum terceiro, que tenha condição de embargar alguma constrição efetuada, deverá providenciar sua intimação pessoal (art. 675, parágrafo único, do CPC), para que ele possa, se entender adequado, ajuizar essa demanda.

Quanto ao polo passivo, embora o ato objeto da demanda seja judicial, deverá assumir a condição de réu a parte beneficiária da decisão judicial guerreada. Assim, em regra, será réu na ação de embargos de terceiro o autor da ação em que tenha sido proferida a decisão que determinou a constrição judicial.

Se, porém, a apreensão de bens se deu por iniciativa do requerido de algum processo (por exemplo, no caso em que o devedor nomeia bens à penhora) então os embargos de terceiro deverão conter litisconsórcio passivo necessário entre autor e réu (da demanda primeira), já que de ambos resulta o ato inquinado e a ambos prejudica a decisão dos embargos de terceiro. Por isso também, sempre que o provimento dos embargos de terceiro puder afetar o exequente e o executado, deve haver a formação de litisconsórcio passivo necessário. Nesse sentido, estabelece o art. 677, § 4.º, do CPC, que se consideram legitimados passivos para os embargos de terceiro aquela a quem o ato de constrição aproveita e ainda o seu adversário no processo, sempre que tiver sido sua a iniciativa de indicação do bem para constrição.

7.5. Prazo

A lei brasileira prevê prazo preclusivo para o oferecimento dos embargos de terceiro. De acordo com o que afirma o art. 675 do CPC, é possível a oposição dos embargos de terceiro a qualquer tempo, enquanto não transitar em julgado o processo em que ocorra a constrição judicial, ou, em processo de execução, até cinco dias depois da conclusão da adjudicação, da alienação por iniciativa particular ou da arrematação, mas sempre antes

que se conclua a assinatura da respectiva carta.

Há, portanto, duas formas distintas de contar o prazo para a oposição dos embargos de terceiro. No processo de conhecimento – antes de iniciada a fase de cumprimento da sentença, se houver[9] – a medida pode ser ajuizada a qualquer momento antes do trânsito em julgado.

Já em se tratando de ato constritivo originário de processo de execução – ou da fase de cumprimento de sentença – então o prazo para a oposição dos embargos de terceiro será de até cinco dias depois da arrematação, da adjudicação ou da remição dos bens, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta. O Código, porém, curiosa e assistematicamente, prevê, no art. 792, § 4.º, que "antes de declarar a fraude à execução, o juiz deverá intimar o terceiro adquirente, que, se quiser, poderá opor embargos de terceiro, no prazo de 15 (quinze) dias".

Se, porém, o terceiro não tinha ciência do ato que gerava a arrematação, a adjudicação ou a remição dos bens, não havia como ter o conhecimento necessário para ajuizar a medida. Por isso, a jurisprudência tem admitido que, nesses casos, o prazo passe a ser contado da data da efetiva turbação ou do efetivo esbulho – ou seja, da ciência concreta do ato de constrição judicial –, não obstante seja outra a data da arrematação, da adjudicação ou da remição.[10]

Em doutrina, há quem considere, ao que parece com mais razão, que os embargos de terceiro podem ser opostos depois do prazo mencionado, sem, todavia, que possam nesse caso gerar a suspensão do processo "principal". Por esse entendimento, o prazo em questão não é propriamente para que se possa discutir a apreensão do bem, mas antes para que se possa promover essa discussão com a paralisação da ação outra (em que a apreensão foi gerada). Parece muito mais razoável esse entendimento, que enxerga os percalços da realidade e percebe que nem sempre é fácil ao terceiro perceber a existência da constrição judicial. Mais do que isso, esse entendimento torna mais flexível o extremamente exíguo prazo (em princípio, de cinco dias) para a apresentação da medida. Note-se que a submissão do direito aos embargos ao curto prazo de cinco dias é, muitas vezes, o suficiente para gerar o perecimento do direito, já que não raramente a parte não terá condição de, nesse curto espaço de tempo, conseguir um advogado e instruí-lo suficientemente para o ajuizamento de uma medida com o mínimo de chance de vitória.

Some-se a isso o fato de que, como visto acima, o prazo para os embargos de terceiro não é uniforme nos termos do Código de Processo Civil. Embora em regra ele seja de cinco dias (art. 675), há caso em que esse prazo será de quinze dias (art. 792, § 4.º).

Por isso, parece mais razoável mesmo concluir que, não ajuizada a medida dentro dos prazos do art. 675 do CPC, perde-se o direito a postular a suspensão automática da ação principal, mas não a discutir a constrição tida como ilegítima. Vale dizer, se os embargos de terceiro forem opostos fora dos prazos legais, a ação fica privada do efeito de,

automaticamente, mediante a simples prova da aparência do domínio ou da posse (art. 678) suspender a medida constritiva sobre os bens objeto da ação. Obviamente, isso não priva a parte de requerer liminar provisória, demonstrando os requisitos pertinentes (art. 294 e ss., do CPC). Não haverá, porém, o direito à liminar típica do rito dos embargos de terceiros.

Em se tratando de embargos de terceiro preventivos – que visem a evitar a constrição ilegal – o prazo para o oferecimento da medida não põe problema, já que ela sempre será ajuizada antes dos momentos descritos na lei processual.

A indicação de que os embargos, no processo de conhecimento, podem ser opostos a qualquer tempo antes de transitada em julgado a sentença, faz concluir pela admissibilidade dessa medida mesmo na pendência de recurso. Ainda que o terceiro pudesse valer-se, nesses casos, do recurso de terceiro prejudicado, nada obsta o cabimento dos embargos de terceiro na instância recursal, sempre que presentes os requisitos para o uso dessa ação.[11]

7.6. Competência

A ação de embargos de terceiro será ajuizada por dependência, perante o mesmo juízo que ordenou a apreensão do bem (art. 676 do CPC).

Caso o processo original – de onde originou o ato inquinado – tenha tramitado perante vários juízos, como ocorre, por exemplo, na execução por carta, será competente para examinar os embargos o juízo de onde provém a ordem de apreensão atacada. Assim, se a apreensão foi ordenada pelo juízo deprecado – por sua iniciativa – perante ele devem processar-se os embargos de terceiro. Se, ao contrário, a ordem de apreensão teve origem no juízo deprecante – ou no juízo deprecado, *mas por decisão do juízo deprecante* – então este será o juízo competente para processar os embargos de terceiro (art. 674, parágrafo único, do CPC).[12]

Em se tratando de juízo estadual no exercício de competência federal (art. 109, § 3.º, da CF), se o ato é por aquele ordenado, perante ele devem ser opostos os embargos de terceiro, e não perante o juízo federal.

7.7. Procedimento

Os embargos de terceiro, por constituírem processo autônomo, iniciam-se por petição escrita, dirigida ao juiz competente, com observância dos requisitos dispostos nos arts. 319 e 320 do CPC. Cumpre ainda ao requerente efetuar prova sumária de sua posse ou do domínio e a condição de terceiro, apresentando desde logo a prova documental que tenha e trazendo o *rol de testemunhas* (art. 677, *caput*, do CPC).

Note-se que os embargos de terceiro – ressalvadas as peculiaridades de seu rito

próprio – seguem subsidiariamente as diretrizes do rito comum (art. 679 do CPC). Por essa razão é que se justifica que a lei imponha ao requerente a apresentação, *initio litis*, do rol de testemunhas, não havendo momento ulterior para a trazida dessa relação.

Ajuizada a ação, esta deve ser distribuída por dependência aos autos "principais" e autuada em apartado. Recorde-se que se está diante de um processo autônomo, embora acessório, de modo que se exige autuação e registro próprios. A inicial deverá ser de pronto rejeitada, se presentes os motivos dos arts. 330 ou 332 do CPC. Não sendo esse o caso, deve ela ser recebida, seguindo-se a tramitação processual.

Caso o requerente não tenha como demonstrar documentalmente a sua posse, poderá fazê-lo em audiência preliminar, designada pelo juiz (art. 677, § 1.º, do CPC), com ou sem a presença do réu. Embora, em regra, a presença do réu seja obrigatória, sempre que essa participação puder comprometer o sucesso dos embargos de terceiro – seja pela demora em sua convocação, seja por eventuais medidas por ele adotadas que frustrem o resultado dos embargos de terceiro – então a audiência preliminar deverá ser realizada sem a participação dele.

De toda sorte, é importante lembrar que *não é a audiência preliminar o momento para o réu oferecer sua defesa*. A participação do requerido na audiência preliminar limita-se a acompanhar a produção da prova sumária pelo autor, podendo contraditar testemunhas ou oferecer reperguntas.

Caso o magistrado se convença, com a prova documental juntada com a inicial, ou depois das evidências trazidas na audiência preliminar, pela existência da posse em favor do terceiro, deverá determinar, liminarmente: *(a) a sustação da medida de constrição verificada, o que eventualmente gerará a suspensão integral do processo em que a constrição foi determinada, no caso de embargos totais* (que tratem de todos os bens tomados no outro processo), a suspensão daquele outro feito;[13] (b) em caso de embargos parciais, o impedimento do prosseguimento do processo principal no que tange aos bens afetados, de modo que esse feito somente poderá prosseguir em relação aos bens não discutidos; e (c) se essa providência tiver sido requerida na inicial, a expedição de ordem de manutenção ou reintegração na posse, em favor do embargante – podendo, todavia, condicionar a entrega dos bens à prestação de caução suficiente para reparar todos os prejuízos advindos dessa posse provisória, para a eventualidade de improcedência final[14] (art. 678 e parágrafo único, do CPC).

Esta decisão liminar não se sujeita aos requisitos gerais da antecipação de tutela, recebendo dinâmica própria. Assim, não deve o juiz cogitar da existência de *periculum in mora*, de abuso no direito de defesa ou de irreversibilidade do provimento. Basta a demonstração da aparência da posse do terceiro para que se lhe seja devida a medida em questão.

Concedida ou não a medida liminar com seus vários efeitos, será concedido prazo de

quinze dias para que o réu possa apresentar sua resposta (art. 679 do CPC). A citação do réu deve dar-se por meio do advogado por ele constituído na "ação principal". Apenas quando ele não tenha constituído advogado naquele feito, a citação deverá ser pessoal ao réu (art. 677, § 3.º, do CPC).

O Código se limita a dizer que o réu pode "contestar" o pedido do autor. Na vigência do Código de 1973, não se autorizava o oferecimento de reconvenção nos embargos de terceiro, porque o processo sujeitava-se, em linhas gerais, ao rito cautelar, então existente. No modelo do Código de 2015, porém, não há nenhuma razão para se inviabilizar a apresentação de reconvenção, até porque o regime geral desse procedimento – com as ressalvas aqui estudadas – é o do rito comum.

Não apresentada a resposta, será o réu caracterizado como revel, sujeitando-se aos efeitos decorrentes.

Terminada a fase postulatória – com ou sem a apresentação de resposta pelo réu – o processo seguirá, como dito, o rito comum, de modo que admitirá o julgamento antecipado da lide ou a designação de audiência de conciliação e, posteriormente, de instrução e julgamento, quando haja prova oral a ser produzida.

Vale recordar que, sempre que a constrição judicial não estiver inscrita na matrícula do imóvel (ou no registro do bem), cumpre ao beneficiário da apreensão a prova da ciência anterior do terceiro adquirente a respeito da existência do gravame. Não conseguindo essa prova, presume-se que o terceiro é de boa-fé e, portanto, tem direito à manutenção ou à reintegração na posse.[15]

A sentença que julgar procedente a demanda determinará o desfazimento da constrição tida por ilegítima, e sempre que essa providência tiver sido requerida pelo autor, reconhecerá a propriedade sobre o bem, ou imporá a manutenção ou a reintegração da posse, conforme o caso, determinando o levantamento da caução eventualmente prestada pelo requerente.

Em todo caso, a sucumbência será suportada não necessariamente pelo perdedor da demanda, mas por aquele que deu causa à indevida constrição do bem. Pode, portanto, ocorrer que, mesmo vencendo a demanda, seja o embargante condenado na sucumbência, porque sua foi a falta que deu origem à apreensão indevida de seu próprio bem. Embora ele tenha direito ao bem, e não pudesse sujeitar-se à apreensão judicial, sua conduta, em certos casos, foi a causadora da atitude judicial, de modo que deve ser responsabilizado pela sucumbência. É o que ocorre, por exemplo, no caso em que o adquirente de bem se omite em registrar a transferência na matrícula do imóvel, dando a impressão de que o objeto permanece na propriedade do anterior dono. Embora a causa deva ser julgada em favor do autor, deve ele também ser o responsável pelo pagamento dos honorários da parte contrária, já que sua conduta foi a responsável pela constrição indevida.[16]

7.8. Os embargos de terceiro fundados em garantia real

Quando os embargos de terceiro tiverem por fundamento o direito real de garantia de credor, a resposta do embargado está limitada às alegações enumeradas no art. 680 do CPC, ou seja, *(a)* o devedor comum é insolvente; *(b)* o título é nulo ou não obriga a terceiro; *(c)* outra é a coisa dada em garantia.

A existência de garantia real sobre certo bem sujeita-o a regime especial, que confere ao credor prioridade na satisfação de seu crédito. Ademais, por se tratar de direito *real* de garantia, o bem é gravado com o ônus, independentemente de quem esteja na posse ou na propriedade. Por isso, justifica-se a limitação dos temas que podem ser deduzidos.

Somente, então, temas que se ligam à inexigibilidade da garantia é que podem interessar à causa, já que qualquer outra questão é abstraída em razão do especial regime da garantia envolvida.

1

É o que ocorre, por exemplo, no caso dos embargos opostos por credor com garantia real sobre o bem penhorado em execução, a fim de fazer cumprir seus direitos e preferências.

2

Daí dizer PONTES DE MIRANDA que o dano em questão deve ser *ex executione* (entendida em sentido amplo), e não apenas *ex cognitione* (FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. XV, p. 4).

3

Idem, p. 3 e 9-10.

4

"Em embargos de terceiro não se anula ato jurídico, por fraude contra credores" (Súmula 195 do STJ).

5

STJ, AgRg no REsp 798.818/PR, 2.ª T., rel. Min. Humberto Martins, *DJe* 09.10.2008.

6

"É admissível a oposição de embargo de terceiros fundados em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro" (Súmula 84 do STJ).

7

"Embora intimado da penhora em imóvel do casal, o cônjuge do executado pode opor embargos de terceiro para defesa de sua meação" (Súmula 134 do STJ).

8

STJ, REsp 916.782/MG, 2.ª T., rel. Min. Eliana Calmon, *DJe* 21.10.2008.

9

No particular, não há sentido em diferenciar o processo de execução da fase do cumprimento de sentença. Já que ambas têm a mesma finalidade, parece razoável que o termo final para os embargos de terceiro seja computado na mesma forma. Assim, o "trânsito em julgado", a que alude o Código, não pode ser considerado o trânsito em julgado da sentença que extingue a fase do cumprimento de sentença, mas apenas aquele que se refere à sentença que conclui a fase de conhecimento. De outro lado, em se tratando da fase de execução ou do processo de execução, deve incidir a segunda parte da regra, valendo o prazo referido à adjudicação, à alienação por iniciativa particular ou à arrematação.

10

Assim, STJ, REsp 651.126/DF, 3.ª T., rel. Min. Menezes Direito, *DJU* 26.03.2007, p. 232; STJ, REsp 974.249/SP, 4.ª T., rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJe* 19.05.2008.

[11]

Assim, também, FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, *Comentários …*, cit., t. XV, p. 75-76.

[12]

STJ, REsp 1.033.333/RS, 3.ª T., rel. Min. Massami Uyeda, *DJe* 05.09.2008. No mesmo sentido era a Súmula 33 do extinto TFR: "O juízo deprecado, na execução por carta, é o competente para julgar os embargos de terceiro, salvo se o bem apreendido foi indicado pelo juízo deprecante".

[13]

A suspensão em questão deve durar até o julgamento de primeiro grau. Em caso de improcedência dos embargos de terceiro, prolatada a sentença, a suspensividade não mais existe e não deve impedir o curso do outro processo.

[14]

Não prestada a caução, os bens devem ficar sequestrados na pendência dos embargos de terceiro, ao menos até a sentença de primeiro grau. De outro lado, não se exige a caução se a parte for economicamente hipossuficiente.

[15]

V.g., STJ, REsp 742.097/RS, 4.ª T., rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJe* 28.04.2008; STJ, REsp 493.914/SP, 4.ª T., rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJe* 05.05.2008.

[16]

"Em embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios" (Súmula 303 do STJ). Nesse sentido, v. STJ, REsp 853.463/RS, 2.ª T., rel. Min. Eliana Calmon, *DJe* 21.11.2008; STJ, EDcl nos EDcl no REsp 375.026/PR, 2.ª T., rel. Juiz convocado Carlos FERNANDO MATHIAS, *DJe* 15.04.2008.

Caso

Envolto em dívidas, João decidiu vender seu automóvel para saldar seus compromissos. O veículo foi adquirido por Marcos, seu amigo de infância, que não alterou o registro de propriedade do bem no órgão de trânsito. O dinheiro obtido com a venda, entretanto, não foi suficiente para pagar todas as dívidas, e João foi executado pelo Banco A com base num título executivo extrajudicial.

Citado para pagar a dívida, João manteve-se inerte, deixando transcorrer o prazo para apresentar embargos à execução. Foram então penhorados dois bens, ambos indicados pelo exequente: um apartamento pertencente a João e à sua esposa; e o veículo, cuja propriedade formalmente ainda estava em nome de João.

Neste momento, João e sua esposa formulam-lhe consulta a respeito da possibilidade de apresentarem alguma defesa, mesmo tendo perdido o prazo para embargos.

Marcos, por sua vez, não ficou sabendo da penhora do veículo. Ele só teve conhecimento quando o automóvel foi efetivamente expropriado, quinze dias após assinada a carta respectiva. Nesse momento, ele comparece ao seu escritório, indicado por seu amigo João, em busca de uma solução. Marcos deseja ainda que o Banco A seja condenado aos ônus sucumbenciais, por ter indicado seu veículo numa execução da qual ele jamais fora parte.

Na condição de advogado, oriente João, sua esposa e Marcos.

8. Oposição

8.1. Considerações gerais

Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, a oposição era tratada como modalidade de intervenção de terceiro, ainda que sua inclusão nessa categoria fosse amplamente criticada pela doutrina. De fato, a oposição jamais poderia ser qualificada como uma intervenção de terceiro – realizada no processo – na medida em que o opoente, quando participa do processo, formula ação própria, tendente a excluir a pretensão dos sujeitos iniciais sobre o objeto litigioso do processo. *Ora, quem formula ação no processo jamais pode ser considerado como terceiro, exercendo o opoente, portanto, nítido papel de parte.*

O Código de Processo Civil atual, assim, restaurou o regime adequado, concebendo a oposição como uma ação autônoma, ainda que vinculada a outra causa. Haverá, entre a ação original e a oposição, uma relação de subordinação legal, em que a lei estabelece uma relação de prejudicialidade entre a oposição e a ação "principal" (art. 686 do CPC).

A função da oposição vem claramente estabelecida pelo art. 682 do CPC, servindo para veicular o pedido daquele que pretende, no todo ou em parte, a coisa ou o direito sobre que controvertem autor e réu. A intenção da oposição, portanto, é a de excluir as "pretensões" dos autor e réu da demanda original, fazendo prevalecer seu interesse sobre o bem ou direito objeto daquela demanda. Trata-se da situação daquele que entende que nenhum dos sujeitos da primeira relação processual tem razão quanto à demanda, de modo a concluir que o interesse ali discutido na realidade lhe pertence. Essa é a tônica da oposição e é também sua função: acoplar ao processo instaurado outro processo, conexo ao primeiro, em que esse terceiro sujeito pretende, da mesma forma como fez o autor do primeiro processo, a coisa ou o direito objeto deste.

Enfim, trata-se de hipótese especial de conexão de causas, que não implica apenas a reunião dos processos para julgamento por um só juízo, mas impõe, em princípio, uma tramitação simultânea dos processos e pode gerar, como dito, uma relação de prejudicialidade entre as causas.

Note-se que, na condição de terceiro em relação aos sujeitos do primeiro processo, pode o opoente simplesmente optar por não tomar providência nenhuma à vista do conflito entre autor e réu desta demanda original. Tratando-se de terceiro, não está ele sujeito à coisa julgada, de modo que se a sentença deste processo, ao final, lhe for prejudicial, poderá ajuizar demanda (contra o vencedor daquele primeiro feito), a fim de livrar-se dos efeitos que lhe sejam indesejáveis. Todavia, por razões exclusivas de conveniência, e em prestígio à economia processual, a oposição é o meio mais adequado para a solução do conflito, permitindo que também essa pretensão do terceiro seja decidida conjuntamente

com o processo já instaurado.

8.2. Requisitos

Para que se possa ajuizar a oposição, deve o interessado preencher alguns requisitos essenciais.

Em primeiro lugar, é necessário que haja um processo judicial já instaurado, em que se discuta sobre coisa ou direito que seja de interesse do opoente. Logicamente, não basta portanto a existência de manifestação de alguém anuncie seu interesse sobre coisa ou direito pertencente a outrem, para habilitar este ao ajuizamento de oposição. Também não é suficiente para o cabimento da oposição a existência de discussão extrajudicial entre terceiros, a respeito de determinado bem ou direito.

A par disso, é fundamental que este processo ainda esteja em curso. Se o processo já foi concluído, então o interessado em deduzir oposição deverá propor uma demanda comum, em face do ganhador do primeiro processo, para fazer prevalecer seu interesse sobre aquele reconhecido judicialmente. Recorde-se que o interessado na oposição é qualificado como um terceiro em relação a este processo e, por isso, não está sujeito à coisa julgada ali formada (art. 506 do CPC). Por isso, a solução deste primeiro litígio não pode prejudicá-lo, de modo que suas razões e interesses conservam-se integralmente.

Também será necessário que esse terceiro (opoente) se afirme titular de uma relação jurídica, em face da coisa ou do direito, incompatível com a relação jurídica objeto do primeiro processo. De fato, se a relação jurídica de que se afirma titular o opoente não é incompatível com aquela adjacente ao primeiro processo, então não há interesse na oposição. Assim, por exemplo, se no primeiro processo se discute a posse sobre certo bem, o terceiro proprietário não tem interesse em, por meio da oposição, tornar certo seu direito ao domínio do bem, já que este sequer é questionado ali.

Enfim, tratando-se de um novo processo e de uma nova ação, impõe-se a presença dos pressupostos processuais e das condições da ação, de forma genérica.

8.3. Procedimento

Como uma nova ação que é, a oposição deve ser deduzida em petição (inicial), com a observância dos requisitos expressos nos arts. 319 e 320 do CPC, obedecendo, como dito, às condições da ação e aos pressupostos processuais. Deverão figurar como réus na oposição as partes do processo originário.

A oposição, como se vê, exige a formação de um litisconsórcio passivo necessário, a ser formado entre todas as partes do processo originário. Ausente esse litisconsórcio, inviabiliza-se o prosseguimento da causa. Por isso, deve o magistrado determinar a emenda à petição inicial, sob pena de seu indeferimento, nos termos das regras aplicáveis

ao procedimento comum.

A cumulação subjetiva formada entre as partes do processo primeiro gera um litisconsórcio simples, de modo que – ressalvado em relação a defesas comuns – cada um deles age independentemente, ou seja, os atos de um não prejudicarão o outro. Por isso, prevê o art. 684 do CPC, que, caso um dos litisconsortes passivos (opostos) reconheça a procedência da oposição, o processo deve prosseguir contra o outro.

O procedimento da oposição será aquele comum, com a única ressalva de que, em face de seu caráter prejudicial em relação ao primeiro processo, a lei se preocupa em fazer tramitar conjuntamente o processo original e a oposição.

Assim, distribuída a oposição por dependência, deve ela tramitar apensada aos autos do primeiro processo. Recebida a petição inicial, deverão os opostos (autor e réu da primitiva ação) ser citados, para responder à nova ação em prazo comum de quinze dias (art. 683, parágrafo único, do CPC). A citação dos réus se dá na pessoa de seus advogados (no processo original). Obviamente, porém, se algum deles não tiver advogado constituído neste primeiro processo, deverá ser citado pessoalmente, na forma comum.

A regra se limita a aludir à possibilidade de "contestação" pelos réus. Porém, como é lógico, nada impede que, presentes as condições legais, possam também deduzir reconvenção.

Concluída a fase postulatória da oposição, ela e a demanda primeira devem tramitar simultaneamente, de modo que, *sempre que possível*, devem ser julgadas em conjunto (art. 685 do CPC). Na realidade, a leitura do dispositivo mencionado dá a entender que *sempre* deverá haver o julgamento simultâneo da ação primeira e da oposição. Todavia, o art. 686 desfaz essa impressão, ao afirmar que "cabendo ao juiz decidir simultaneamente a ação originária e a oposição, desta conhecerá em primeiro lugar". Ou seja, é evidente que poderá haver situações em que o julgamento da ação originária e da oposição não ocorra simultaneamente.

Isso também desfaz a falsa impressão de que a oposição, no formato dado a ela pelo Código de Processo Civil, só possa ser apresentada antes de proferida a sentença. Na realidade, mesmo depois de proferida a sentença, é possível o oferecimento de oposição, já que ainda não foi definida a relação entre as partes originárias. Somente com o trânsito em julgado da sentença da ação originária, definida a controvérsia entre essas partes, é que perderá sua função a oposição, já que não haverá mais *dois sujeitos* litigando sobre direito ou coisa que interessa ao opoente. Neste caso, porém, a oposição assumirá o formato de recurso de terceiro prejudicado (art. 996 do CPC). Nesse caso, se necessário, poderá haver instrução da oposição perante a instância recursal, com posterior julgamento da pretensão do terceiro, juntamente com o recurso de uma das partes se houver, ou de forma autônoma.

De toda sorte, enquanto não decidida a ação originária em primeiro grau, a oposição pode repercutir de dois modos diversos sobre o processo primeiro. Se a oposição for ajuizada antes do início da audiência de instrução no processo originário, este deve aguardar até que a oposição chegue no mesmo estágio, prosseguindo a partir daí simultaneamente processo primeiro e oposição, para julgamento conjunto (art. 685, *caput*). Se, porém, no processo originário, já se tiver iniciado a audiência de instrução, então o juiz deverá determinar a suspensão do "curso do processo ao fim da produção das provas, salvo se concluir que a unidade da instrução melhor atende ao princípio da duração razoável do processo" (art. 685, parágrafo único). Por outras palavras, quando já iniciada a audiência de instrução no processo originário, deve o juiz determinar a paralisação deste, para realizar (na oposição) a produção de provas e, assim, para que os dois processos cheguem no mesmo momento processual, para serem julgados concomitantemente. Todavia, entendendo mais conveniente, poderá o juiz, ao invés de determinar a suspensão da demanda original, impor a instrução conjunta das duas causas (ação primeira e oposição), prosseguindo então para a fase decisória, julgando ambas as demandas.

Assim, sempre que possível, a causa primeira e a oposição devem tramitar em conjunto, privilegiando-se a instrução conjunta e o julgamento simultâneo.

Sempre que se decidir conjuntamente o processo originário e a oposição, cabe ao juiz julgar, em primeiro lugar, a oposição (art. 686). Julgada procedente a oposição, fica prejudicada a análise do processo original. Do contrário, julgada improcedente aquela, será examinada a ação, definindo-se a quem pertence o bem ou o direito em litígio.

Em conclusão, recorde-se que nada impede a convivência de várias oposições, quando haja mais de um "terceiro" que manifeste interesse sobre o bem ou o direito objeto do processo original. Em tal situação, o regime padrão permanece aplicável, dando-se preferência para a tramitação simultânea de todos esses processos e julgamento conjunto de todas as pretensões.

Caso

Camila e Patrícia discutem a propriedade de uma obra de arte em juízo. O processo já está na fase instrutória. Foi realizada perícia em relação a um documento, bem como feita a oitiva de testemunhas arroladas por Camila. Considerando o não comparecimento das arroladas por Patrícia, a audiência de instrução foi suspensa para posterior oitiva. Romeu, terceiro, acredita que a peça artística é sua, pois a teria adquirido em uma galeria de arte no ano passado. Tomando conhecimento daquele processo, ajuizou oposição, então distribuída ao mesmo juízo, com apensamento dos processos. Analisando a petição inicial, o magistrado verifica que uma das testemunhas referidas por Romeu está entre aquelas de Patrícia, para depor acerca de fatos relacionados, mas fica em dúvida sobre como proceder – se seria melhor desde logo suspender o primeiro processo ou findar a instrução para não prejudicar seu andamento. O que você faria nessa situação?

9. Ação monitória

9.1. Considerações preliminares

O procedimento monitório foi pensado como alternativa para uma maior tempestividade do processo, podendo ser usado por quem tem prova escrita, sem eficácia executiva do seu crédito, e pretende obter soma em dinheiro, a entrega de coisa ou prestação de fazer ou não fazer. Diante da petição inicial devidamente acompanhada com a prova escrita, deve o juiz mandar expedir mandado de satisfação da prestação. O devedor, no prazo de 15 (quinze) dias, poderá cumprir o mandado – caso em que ficará isento do pagamento de custas e arcará com honorários de sucumbência no valor de cinco por cento do valor da causa –, restar inerte ou apresentar embargos ao mandado. Não apresentados ou rejeitados os embargos, o título executivo judicial será constituído definitivamente.

O legislador infraconstitucional concebe o procedimento monitório como técnica destinada a propiciar a aceleração da realização dos direitos e assim como instrumento capaz de evitar o custo inerente à demora do procedimento comum. Partindo da premissa de que um direito evidenciado, mediante prova escrita, em regra não deve sofrer contestação, o procedimento monitório objetiva, através da inversão do ônus de instaurar a discussão a respeito da existência ou inexistência do direito, desestimular as defesas infundadas e permitir a tutela do direito sem as delongas do procedimento comum.

9.2. Cabimento

O procedimento monitório pode ser utilizado por aquele que objetiva soma em dinheiro, entrega de coisa ou prestação de fazer ou não fazer. Enfim, o rito monitório se presta como uma modalidade de obter a prestação de qualquer interesse que poderia sujeitar-se ao processo de execução, para alguém que não possui título executivo, estimulando esse possível devedor a cumprir com a obrigação e, com isso, evitar a formação de um título judicial, que pode causar-lhe consequências muito mais graves.

O art. 700, do CPC, afirma que para ajuizar a ação monitória, é necessário que a parte possua prova escrita da obrigação, sem eficácia de título executivo. Em princípio, quem tem título executivo *judicial* não teria o menor interesse de valer-se de uma ação monitória para chegar ao mesmo tipo de título. Todavia, recorde-se que, nos termos do art. 785, do CPC, aquele que possui título executivo *extrajudicial* pode "renunciar" à força executiva desse documento, buscando em juízo a constituição de um título *judicial*. Assim, na realidade, pouco importa se o documento que vai basear a ação monitória tem ou não força de título executivo *extrajudicial*. Ainda que a tenha, isso não impede que a parte possa ajuizar a ação monitória – ou qualquer outra ação judicial – a fim de constituir um título judicial, o que lhe garante os benefícios correspondentes a esse tipo de título.

Todavia, será sempre fundamental que a parte que pretenda ajuizar a ação monitória possua *prova escrita* da obrigação que pretende ver realizada. O tema é tratado com mais vagar adiante, mas neste momento introdutório basta sublinhar que a ausência dessa prova inviabiliza o emprego deste rito especial. Assim, se o autor não tiver prova escrita, deve exigir seu interesse por meio de ação que tramite pelo rito comum. A par disso, se o autor entender que precisa de maior dilação probatória para demonstrar seu direito, poderá optar pelo procedimento comum, ainda que possua a prova escrita exigida pela lei. Por outras palavras, pode-se dizer que a ação monitória é uma opção para o autor, que pode preferir sujeitar-se ao rito comum, se entender que ele é mais vantajoso para seus interesses.

9.3. Legitimidade para a ação monitória

Poderá propor a ação monitória qualquer pessoa que se pretenda titular de uma prestação consistente em pagar, entregar coisa ou fazer ou não fazer (apoiado em prova escrita). Na realidade, a legitimidade ativa da demanda monitória não diverge daquela que autoriza a propositura de ação que visa ao cumprimento de qualquer prestação.

Se há vários credores solidários, qualquer deles está habilitado a propor a demanda. Em havendo vários credores de prestação de entrega de coisa indivisível, qualquer um deles poderá exigir a prestação, devendo o requerido proceder à entrega do bem (integral, evidentemente), desde que o *credor* apresente caução de ratificação dos outros credores (art. 260, II, do CC).

Por outro lado, a ação monitória é admissível em face de quem se supõe seja o devedor da prestação. Havendo vários devedores (comuns), a ação deverá ser ajuizada contra todos eles, ou então ficará o (suposto) credor limitado às frações da dívida correspondentes aos réus citados.

Do mesmo modo, em sendo indivisível o bem a ser entregue, a ação poderá ser exigida de todos ou de qualquer um deles, competindo àquele que for demandado apresentar a coisa integralmente. Neste caso, não se cogita de solidariedade da obrigação mas sim, da indivisibilidade do objeto, que implica a necessidade de satisfação integral (e nunca parcial) da prestação assumida. Por isso, todos os codevedores da prestação de entrega de coisa são responsáveis pela entrega integral do bem, como expressamente determina o art. 259 do CC.

Pouco importa a natureza do devedor, ele estará sempre sujeito à ação monitória. Discutiu-se, no passado, se seria cabível a ação monitória contra a Fazenda Pública. A discussão se centrava na consequência dessa admissão, que seria a possibilidade de execução de título (que não fosse propriamente uma sentença) contra o Poder Público. A questão, porém, se tornou pacífica na ótica da jurisprudência,[1] no sentido de se admitir a ação monitória contra a Fazenda Pública. E essa mesma solução foi abraçada na legislação atual, que expressamente admite a ação monitória contra a Fazenda Pública

(art. 700, § 6.º), ainda que sujeite essa demanda a um regime especial, adaptado às prerrogativas desse ente (art. 701, § 4.º).

9.4. O requisito da prova escrita da obrigação

Como já dito, o titular de prova escrita, capaz de sustentar o seu crédito, não é obrigado a utilizar o procedimento monitório. O legislador deixou de prever a execução imediata do mandado de pagamento na pendência de embargos infundados, o que, em princípio, torna o procedimento comum, dotado de técnica antecipatória, mais efetivo do que o procedimento monitório. Neste sentido, aliás, o credor não só poderia, como deveria, valer-se do procedimento comum, o que se torna ainda mais recomendável quando há dúvida sobre a existência de prova escrita.

O legislador não definiu integralmente o conceito de prova escrita ou enumerou determinadas provas, atribuindo-lhes o qualificativo de prova escrita. Limitou-se a afirmar, no art. 700, § 1.º, que ela pode consistir em prova oral documentada, obtida no regime de produção antecipada de prova, nos termos do art. 381, do CPC.

O conceito de prova escrita, à semelhança do que ocorre com outros conceitos fundamentais para o direito processual civil, é um conceito eminentemente doutrinário-jurisprudencial. Contudo, para que a doutrina e a jurisprudência possam conceituar prova escrita, é preciso que fique claro o motivo que levou o legislador a condicionar o uso da ação monitória à presença desta prova. O objetivo da ação monitória é permitir, ao credor, um acesso mais rápido à execução forçada, o que somente ocorrerá se o devedor não apresentar embargos ao mandado. Parte-se da premissa de que, havendo prova escrita capaz de demonstrar a probabilidade do direito, o devedor poderá preferir cumprir o mandado, a correr o risco de perder a demanda e ter que pagar custas e honorários de advogado.

A exigência de prova escrita, portanto, nada tem a ver com a instituição de um procedimento semelhante ao do mandado de segurança, em que se exige direito líquido e certo e não se aceita a produção de prova diferente da documental. Quando não se admite prova diversa da documental, o autor deve produzir prova capaz de demonstrar o fato constitutivo do direito. Contudo, quando se exige apenas *prova escrita* como requisito da ação monitória, considera-se apenas que o devedor, diante de tal prova, poderá não apresentar embargos, permitindo ao credor um acesso mais rápido à execução forçada.

A prova escrita não é a prova que deve fazer surgir direito líquido e certo, isto é, não é a prova que deve demonstrar, por si só, o fato constitutivo do direito afirmado pelo autor. A prova escrita relaciona-se apenas a um juízo de probabilidade. Não há que se falar em certeza quando se está diante de prova escrita. Ou seja, quando se exige a prova escrita, como requisito para a propositura da ação monitória, não se pretende que o credor demonstre o seu direito estreme de dúvida, como se fosse um direito líquido e certo; ao contrário, a prova escrita necessita fornecer ao juiz apenas certo grau de probabilidade

acerca do direito alegado em juízo.

Em suma: o cabimento da ação monitória depende de prova escrita que sustente o crédito – isto é, de prova que, sem necessitar demonstrar o fato constitutivo, mereça fé em relação à sua autenticidade e eficácia probatória.

Se a prova escrita é aquela que, reduzida a escrito, pode fornecer um razoável índice de probabilidade de que o direito existe, o autor está autorizado a conjugar dois ou mais escritos para demonstrar a probabilidade do direito que invoca em juízo. Se o que "está em jogo" é apenas a necessidade de um juízo de probabilidade a ser fornecido por prova escrita, seria completamente arbitrário vedar o uso do procedimento monitório sob o argumento de que o credor está utilizando-se de dois ou mais escritos.

Qualquer escrito particular, ainda que não reconhecido – não importando se expresso mediante carta, telegrama, fax ou mensagem eletrônica (*e-mail*) – constitui prova escrita. Também representam prova escrita: o cheque prescrito,[2] a duplicata sem aceite e o extrato autêntico dos escritos contábeis. Ainda, na ótica jurisprudencial, o contrato de abertura de crédito em conta corrente, acompanhado do demonstrativo de débito, é prova escrita que habilita o interessado a requerer ação monitória.[3]

Já se disse ser irrelevante – em que pese a expressa referência no texto legal – o fato de essa prova escrita ser ou não título executivo extrajudicial. Em face do contido no art. 783, do CPC, a existência de título extrajudicial não impediria, em hipótese alguma, o ajuizamento de demanda de conhecimento para a obtenção de título judicial. Por isso, obviamente, não se podendo exigir do autor que se submeta ao procedimento comum se tem prova literal da obrigação, é indiscutível que se abre para ele a via do processo de conhecimento por meio da ação monitória, se preferir.

Enfim, vale recordar que, sempre que o juiz conclua que a prova que instrui a petição inicial não se enquadra na noção de prova escrita, deverá intimá-lo para, querendo, emendar a petição para adequá-la aos requisitos do rito comum, sujeitando a demanda a esse procedimento (art. 700, § 5.º). Intimado o autor, logicamente, poderá ele insurgir-se contra essa decisão, por meio de agravo de instrumento. Embora a lei não arrole essa como uma hipótese de agravo de instrumento (art. 1.015), é evidente que não poderia ser outro o recurso cabível, já que dessa definição depende toda a tramitação da causa.

9.5. Prova escrita para a admissibilidade da ação monitória e prova suficiente para a improcedência dos embargos

A doutrina brasileira, ao tratar do procedimento monitório e da prova escrita do art. 700 do CPC, acata o conceito de prova elaborado pelos processualistas italianos. Fala-se, nessa linha, que a prova escrita é qualquer documento merecedor de fé em relação à sua autenticidade e eficácia probatória. Note-se que mesmo o documento particular, ainda que não reconhecido pela parte contra a qual foi produzido, é considerado prova suficiente para

a expedição do mandado de pagamento ou de entrega de coisa, já que se enquadra na noção de "prova escrita". Documento dessa ordem pode ser considerado prova escrita porque, embora não reconhecido – nem mesmo tacitamente – é merecedor de fé.

Porém, no caso de apresentação de embargos ao mandado, contestando o embargante a autenticidade da assinatura, o processo deverá caminhar de acordo com a regra probatória do art. 429, II, do CPC, recaindo o ônus da prova sobre o embargado. Nesta hipótese, o documento particular não reconhecido pelo embargante é aspecto insuficiente seja para a procedência da ação monitória, seja para o acolhimento dos embargos.

A hipótese do documento particular não reconhecido bem demonstra a diferença entre prova escrita e prova suficiente para a improcedência dos embargos ao mandado. A existência de prova escrita é suficiente para a utilização da via monitória, mas não é suficiente, por si só, para a comprovação do direito.

De outra parte, a antecipação da tutela diante de defesa indireta infundada deduzida nos embargos à ação monitória, somente é possível com base em prova do fato constitutivo. Se o autor pretender provar o seu crédito através de um documento particular, e o réu, na defesa, apontar a sua falsidade, não será possível a antecipação. Assim, por exemplo, se os extratos autênticos dos escritos contábeis podem constituir prova escrita em uma demanda proposta por um empresário contra uma pessoa que não exerce atividade comercial, seguramente não pode ser admitida como prova suficiente para a antecipação da execução no procedimento monitório e, por muito mais razão, para a improcedência dos embargos no procedimento monitório. Se o devedor, não empresário, afirma que não adquiriu a mercadoria, cujo preço está sendo dele exigido com base em um extrato autêntico de escritura contábil, descabe a antecipação da execução por ausência de prova do fato constitutivo. Ora, o extrato contábil não é suficiente para provar a compra e venda, porque a regra é a de que os livros comerciais fazem prova apenas no litígio entre empresários. O extrato contábil, justamente porque não prova o fato constitutivo do direito de crédito, não é prova suficiente para a antecipação da execução e para a improcedência dos embargos ao mandado. O extrato contábil, por ser merecedor de fé em relação à sua autenticidade, tem eficácia probatória, mas não prova o fato constitutivo do direito de crédito, podendo apenas ser considerado como prova escrita.

9.6. Competência para a ação monitória

A ação monitória se sujeita às regras de competência comuns do Código de Processo Civil. Desse modo, em tema de competência material, sempre que a ação monitória for proposta por (ou em face de) pessoa jurídica de direito público federal ou empresa pública federal, a competência será da Justiça Federal.

No campo da competência territorial, a ação será proposta no foro do lugar onde deva ser cumprida a obrigação (art. 53, III, *d*, do CPC), ou no domicílio do réu (art. 46 do CPC)

ou ainda no foro de eleição, se ele estiver previsto no documento que habilita a propositura da monitória.

9.7. Procedimento da ação monitória

A ação monitória é espécie de ação de conhecimento – não de execução – de modo que tem início com petição inicial, que observa os requisitos gerais dos arts. 319 e 320, do CPC. Constitui, como já observado, documento essencial para a propositura desta demanda, a prova escrita da obrigação. Sem esse documento, tem-se por inviável o emprego do procedimento, de modo que, salvo emenda tempestiva (art. 700, § 5.º, do CPC), deverá a inicial ser indeferida.

O Código ainda faz exigências específicas em relação à fixação do valor da causa nesta demanda. É que, como no caso de pronto cumprimento da prestação a parte ré fica isenta das custas processuais e será condenada a pagar honorários de sucumbência apenas no valor de cinco por cento do valor da causa, é essencial que se tenha a adequada determinação desse valor sem maiores controvérsias. Por isso, prevê o art. 700, § 2.º, que a inicial deve explicitar o valor econômico da prestação buscada e que, com base nessa importância, deve-se definir o valor da causa (art. 700, § 3.º). E, para a determinação desse valor econômico da demanda, deve o autor pautar-se: *a)* no caso de prestação de pagar, pelo valor da importância buscada, devendo instruir a inicial com memória de cálculo; *b)* em se tratando de prestação de entrega de coisa, pelo valor atual da coisa postulada; e *c)* na hipótese de prestação de fazer ou não fazer, pelo conteúdo patrimonial dessa prestação ou pela vantagem econômica dela decorrente.

Ausente essa indicação da expressão econômica da causa e, portanto, mostrando-se aleatória a fixação do valor da causa, deve o magistrado determinar a emenda à petição inicial, sob pena de seu indeferimento (art. 700, § 4.º).

9.7.1. O mandado monitório e a citação do réu

De acordo com o art. 701, do CPC, “sendo evidente o direito do autor, o juiz deferirá a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer, concedendo ao réu prazo de 15 (quinze) dias para o cumprimento e o pagamento de honorários advocatícios de cinco por cento do valor atribuído à causa”.

A literalidade do dispositivo pode dar a impressão de que o mandado monitório depende, para sua expedição, da existência de convencimento judicial a respeito da evidência (*rectius,* indiscutibilidade) do direito alegado pelo autor. Obviamente, não é assim, como já visto anteriormente. A “evidência” sobre o direito implicaria o dever do magistrado de sentenciar a causa, resolvendo o conflito de forma definitiva. Por outro lado, também não se aplica aqui a ideia subjacente à “tutela da evidência”, indicada pelo CPC (art. 311), não podendo o juiz exigir, por exemplo, somada à prova escrita da obrigação, a

demonstração de abuso do direito de defesa ou a existência de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

Para a expedição do mandado, não é necessária a prova do fato constitutivo do direito de crédito, bastando que a inicial esteja instruída com prova escrita, isto é, com escrito merecedor de fé quanto à sua autenticidade e eficácia probatória. Para a expedição do mandado, basta uma prova que forneça ao magistrado determinado grau de probabilidade acerca do direito afirmado. Exige-se, em outros termos, juízo de probabilidade ou de cognição sumária.

De todo modo, a decisão que defere o mandado monitório deve aludir à prova escrita, justificando ser ela merecedora de fé quanto à sua autenticidade e eficácia probatória.[4] Do contrário, entendendo que a prova anexada à inicial não é suficiente a indicar a probabilidade da existência da prestação buscada, cabe ao juiz determinar ao autor, como visto, a emenda da inicial, para que a causa tramite sob o rito comum (art. 700, § 5.º).

Ao deferir a expedição do mandado, o juiz deve determinar a citação do devedor, advertindo-o de que, em caso de cumprimento, estará isento do pagamento das custas processuais e sujeito a honorários de sucumbência no importe de cinco por cento do valor da causa (art. 701, *caput* e § 1.º); e que, no caso de não cumprimento no prazo de quinze dias, o mandado poderá ser convertido em título executivo judicial.

O prazo indicado se sujeita às regras de prorrogação e modificação estipuladas na parte geral do CPC. Assim, havendo vários réus (com advogados distintos) o prazo é dobrado em autos físicos (art. 229). Em sendo ré a Fazenda Pública, o prazo deve ser contado em dobro, como determina o art. 183, do CPC.

A citação pode ser feita sob qualquer forma comum (art. 700, § 7.º). Por isso, é admissível a citação por hora certa, no procedimento monitório, desde que presentes as hipóteses legais (art. 252, do CPC). Não comparecendo o devedor citado por hora certa, deve ser nomeado curador especial para apresentar embargos ao mandado (art. 72, II, do CPC). Do mesmo modo, cabe a citação por edital, nos casos legais (art. 256, do CPC).[5]

9.7.2. As atitudes do réu

Uma vez deferida a expedição do mandado monitório e citado o réu, esse poderá: (a) atender à ordem, hipótese em que ficará isento do pagamento de custas e arcará com honorários reduzidos, no valor de cinco por cento do valor da causa; (b) permanecer inerte, quando será constituído, de pleno direito, o título executivo judicial; ou (c) apresentar embargos, caso em que a demanda se converterá em um procedimento de cognição plena e exauriente para se discutir o direito afirmado pelo credor.

A ação monitória foi instituída para evitar o custo de tempo inerente ao procedimento comum, objetivando um acesso mais rápido à concreta realização do direito. No art. 701,

do CPC, o legislador demonstra acreditar que, havendo prova escrita capaz de demonstrar a probabilidade do direito, o devedor poderá preferir cumprir o mandado a correr o risco de perder a demanda e ter que pagar custas e honorários de advogado em valor muito maior.

O procedimento monitório, ao supor que a ausência de iniciativa do réu confirma a existência do direito que já era aceito (em virtude da prova escrita) como provável, apenas reafirma a necessidade de tratamento diferenciado aos direitos "evidentes". Admite-se que a prova escrita e a inércia do devedor são suficientes para a formação do título executivo. É preciso ter em mente que o título executivo judicial, formado pelo procedimento monitório, funda-se em prova escrita capaz de demonstrar, em alto grau de probabilidade, a existência do direito. O legislador, quando criou o procedimento monitório, aceitou certo risco ao direito de defesa em nome da necessidade de tutela adequada dos direitos evidentes.

9.7.3. O cumprimento espontâneo da prestação

Caso o requerido, no prazo de quinze dias, entenda por cumprir espontaneamente a prestação buscada pelo autor, prevê a lei um benefício a ser-lhe concedido, consistente na isenção das custas e "redução" nos honorários de sucumbência, que devem ser arbitrados no patamar de cinco por cento do valor da causa (art. 701, *caput* e § 1.º, do CPC).

Trata-se de sanção premiativa, que tem por finalidade estimular o requerido a cumprir com as decisões judiciais. Ao invés do que ocorre com as técnicas coercitivas – que ameaçam o requerido com um mal, no caso de não cumprimento da determinação judicial – na sanção premiativa, o que se faz é beneficiar aquele que obedece à decisão do Estado.

Eventualmente, pode suceder que a satisfação pelo devedor da pretensão do autor não tenha ocorrido no prazo assinalado no mandado monitório porque, por exemplo, ainda é necessária a especificação do bem a ser entregue ou impõe-se a atualização do valor devido. Nesse caso, bastará que, no prazo de quinze dias, o réu requeira a oportunidade para o cumprimento da prestação, para que se beneficie do "prêmio" apontado na lei.

Outrossim, a intenção de cumprimento da prestação devida – quando consistir em dívida pecuniária – pode valer-se da faculdade do parcelamento a que alude o art. 916, do CPC (conforme dispõe o art. 701, § 5º). Assim, reconhecendo a procedência do pedido inicial, o réu pode, uma vez depositado o montante de trinta por cento do valor da dívida pretendida, somado às custas e aos honorários do advogado, postular o parcelamento do restante em até seis parcelas mensais, somadas a correção monetária e juros de um por cento ao mês.

Ouvido o autor e admitido o pleito, seguir-se-á o regime previsto no art. 916, já estudado. Do contrário, o requerido terá devolvido o prazo de quinze dias para embargar (art. 701).

9.7.4. Os embargos à ação monitória

De acordo com o art. 702, § 4.º, do CPC, o mandado monitório terá a sua eficácia suspensa diante da apresentação dos embargos. Na verdade, a admissão dos embargos impede que o processo caminhe para a fase executiva. Como os embargos não dependem de prévia garantia do juízo (art. 702, do CPC), a expedição do mandado, fundada em cognição sumária, não traz gravame algum ao devedor.

Os embargos devem ser oferecidos nos próprios autos da ação monitória, podendo, entretanto, o magistrado, verificando que eles só impugnam parcela da prestação buscada, autuá-los em apartado, de modo a autorizar o prosseguimento imediato da realização da parte incontroversa, sob o regime de cumprimento de sentença (art. 702, § 7.º).

Apresentados embargos, dar-se-ão às partes todas as possibilidades de alegações e provas. Os embargos permitem que o juiz chegue a um juízo de cognição exauriente, capaz de permitir a declaração da existência ou da inexistência do direito afirmado pelo credor. Assim, o procedimento monitório, quando analisado na perspectiva da cognição, assume uma dupla face, pois tem uma primeira fase (até a expedição do mandado) em que a cognição é sumária, e uma segunda (até a sentença dos embargos) em que a cognição é exauriente.

A realização plena do contraditório, que faz surgir cognição exauriente, é condicionada à instauração de embargos por parte do réu. É exato dizer que a cognição exauriente dar-se-á, no procedimento monitório, *secundum eventum defensionis.* A não apresentação de embargos, é certo, permite que o credor realize, mediante execução forçada, o seu direito; mas o devedor tem a oportunidade de instaurar um procedimento que abre oportunidade à sua ampla defesa e que faz surgir cognição exauriente.

O procedimento monitório, assim, ao condicionar a realização plena e integral do contraditório a uma ação do devedor, inverte o ônus de discussão, fundado na presunção de existência do direito fundado em prova escrita.

Não há dúvida de que o procedimento monitório assegura a ampla defesa. Se a instauração de embargos fica a critério do devedor, basta perguntar qual é a natureza do procedimento dos embargos. Ou melhor, basta indagar se o procedimento dos embargos é materialmente sumário, restringindo a possibilidade da realização de determinadas alegações ou de produção de certos tipos de prova, ou se é um procedimento que permite às partes ampla oportunidade de alegação e de produção de provas. O procedimento dos embargos, diante da ausência de qualquer restrição à possibilidade de alegação ou de produção de prova, ou mesmo de qualquer indicativo que pudesse diferenciá-lo, no aspecto formal, do procedimento ordinário, deve obedecer aos ditames deste último. O procedimento dos embargos é de cognição plena e exauriente. Pode-se por isso deduzir aqui qualquer matéria (art. 702, § 1.º).

A rigor, esses embargos – até porque devem ser oferecidos nos *próprios autos da ação monitória*, e, portanto, independentemente de maiores formalidades – exercem aqui, funcionalmente, o "papel" de defesa do réu. Em que pese o nome, não ostentam natureza jurídica de ação. Sua finalidade, portanto, pode ser equiparada à da contestação, com a única diferença de que seu oferecimento gera, automaticamente, a paralisação da ação monitória (e da eficácia executiva do mandado monitório) até o julgamento dos embargos em primeiro grau (art. 702, § 4.º).

De todo modo, sempre que o réu alegar, em seus embargos, que o autor pretende valor superior ao efetivamente devido, deve fixar a quantia que entende realmente adequada, apresentando demonstrativo discriminado e atualizado da dívida (art. 702, § 2.º), sob pena de indeferimento liminar dos embargos ou de não conhecimento dessa alegação, se houver outros fundamentos a serem apreciados (art. 702, § 3.º). Fixado o valor que o réu entende devido, caracteriza-se parcela incontroversa. Nessa hipótese, é possível dar prosseguimento ao processo e constituir o título executivo judicial com relação à parcela não embargada (art. 702, § 7.º), iniciando-se os atos de efetivação do direito.

9.7.5. Outras respostas do réu na ação monitória

Se os embargos à ação monitória equivalem à contestação, e se a ação monitória – ao menos em sua primeira fase – constitui um processo de conhecimento, então é evidente que as outras formas de respostas cabíveis no procedimento ordinário também são admissíveis na ação monitória.

Assim, deve-se admitir o cabimento de reconvenção na ação monitória, seja porque ela é expressamente admitida pela lei (art. 702, § 6.º), seja porque seu emprego é compatível com o rito da monitória. Evidentemente, porém, esse cabimento só é viável no caso em que tenha havido o oferecimento de embargos na ação, pois só nessa hipótese é que a ação seguirá o rito ordinário.[6] Caso não tenham sido apresentados os embargos, porque o mandado monitório será convertido em mandado executivo – dando início aos atos de satisfação do credor – não haverá mais espaço para a reconvenção.

Apenas não se admite reconvenção da reconvenção (art. 702, § 6.º, *in fine*), embora não haja razão suficiente para isso, já que, convertido o procedimento em comum, após o oferecimento dos embargos, nenhum motivo existe para que não se admita aqui tudo o que se admitiria em um procedimento comum tradicional.

9.7.6. Antecipação de tutela na ação monitória

O procedimento monitório somente terá efetividade se tiver um mecanismo capaz de conter o abuso do direito de defesa e, desta forma, os embargos infundados e protelatórios. Este mecanismo consiste na técnica antecipatória, única capaz de permitir que o credor que prova os fatos constitutivos do seu direito não seja prejudicado pelo tempo necessário à elucidação das alegações cujo ônus da prova é do devedor. Os

embargos, que nada mais são do que meio de impugnação, poderiam ser simples contestação, não fosse a ideia de se inibir a inércia do devedor, exigindo-se dele a propositura de embargos para o desenvolvimento do contraditório. Assim, seria completamente não razoável a tese que apontasse para a impossibilidade da tutela provisória sob o argumento de que o art. 311, I do CPC, fala em abuso do direito de defesa e em manifesto propósito protelatório do réu. Não é muito difícil perceber a realidade: o devedor exerce a sua defesa através de embargos ao mandado, não estando livre de se ver tentado a dela abusar.

Com efeito, é possível que o réu queira valer-se dos embargos apenas para protelar a realização do direito afirmado pelo autor. Ora, o intuito protelatório, no procedimento monitório, evidentemente não pode ser desconsiderado, especialmente porque este procedimento visa a tratar de forma diferenciada um direito evidente. Assim, quando há prova do fato constitutivo do direito (para o que não basta qualquer prova escrita) e os embargos são provavelmente infundados, o procedimento monitório reclama tutela antecipatória, permitindo a sua concessão em favor do credor, réu nos embargos ao mandado.

No procedimento monitório, é também possível que o autor precise desde logo do bem da vida perseguido para não ter direito prejudicado de forma irreparável. Assim, neste procedimento é viável a tutela provisória satisfativa fundada na urgência. À primeira vista, pode ser difícil compreender a razão para a tutela provisória satisfativa baseada em fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação no procedimento monitório, imaginando-se que a simples tutela assecuratória de arresto (art. 301) é suficiente para proteger o credor.

Para que se perceba a razão para a tutela antecipatória satisfativa de urgência, é necessário lembrar-se da necessidade de antecipação de soma quando a prestação em dinheiro é imprescindível para proteger um bem não patrimonial. Assim, por exemplo, o caso de indenização antecipada para aliviar um estado de necessidade causado pelo ilícito. Nestas hipóteses, que são tuteladas em razão de receio de dano, a realização do direito de crédito tem por escopo a tutela de um direito não patrimonial, como o direito à saúde, conexo ao direito de crédito. A antecipação de soma, nesta linha, não se destina a assegurar o juízo ou a viabilidade da realização do direito de crédito, mas sim a realizar antecipadamente o direito de crédito para permitir a efetiva tutela de um direito que lhe é conexo e merecedor de especial proteção. Aliás, é conveniente recordar que o arresto não obsta a antecipação de soma, demonstrando-se que o fim da antecipação não é acautelar o direito de crédito, mas sim tutelar o direito que somente através da realização imediata do direito de crédito pode ser efetivamente protegido.

Note-se, de fato, que a antecipação de soma fundada na urgência é medida idônea para impedir prejuízo irreparável a um direito conexo ao direito de crédito, ao passo que o arresto é a medida capaz de assegurar a viabilidade da realização do direito de crédito.

9.7.7. Sequência do procedimento no caso de apresentação dos embargos à monitória

Caso sejam oferecidos os embargos à ação monitória no prazo regular, deve o autor ser intimado, na pessoa do seu advogado, para responder a eles, também no prazo de quinze dias (art. 702, § 5.º).

Após esse momento, a tramitação da ação monitória, acoplada aos embargos à monitória, será a do procedimento comum, a ser concluída por sentença, que examina a exigibilidade ou não da prestação buscada pelo autor.

A sentença que acolhe ou rejeita os embargos opostos – ou, por outro vértice, acolhe ou rejeita a pretensão à prestação manifestada pelo autor, é sujeita a apelação (art. 702, § 9.º). Na hipótese de "improcedência" dos embargos, admite-se, como já visto, o prosseguimento da efetivação da ordem de cumprimento da prestação, nos termos do cumprimento de sentença.

Caso o magistrado, ao decidir a causa, conclua que a oposição dos embargos à monitória é eivada de má-fé, possuindo exclusivo intuito protelatório, deverá condenar o réu a pagar multa de até dez por cento do valor da causa,[7] em favor do autor (art. 702, § 11). Do mesmo modo, concluindo o juiz que o oferecimento da ação monitória se deu de má-fé, sem qualquer fundamento razoável, imporá ao autor multa de até dez por cento sobre o valor da causa, em favor do réu (art. 702, § 10).

9.7.8. Execução imediata no caso de improcedência dos embargos ao mandado

Se a finalidade do procedimento monitório é evitar o custo do procedimento comum quando esse não é justificado por uma defesa plausível (e para tanto a tutela antecipatória é imprescindível), não há como desconsiderar a importância da execução imediata na pendência do recurso de apelação interposto contra a sentença de improcedência dos embargos ao mandado.

Daí porque o art. 702, § 4.º, do CPC, estabelece que a paralisação da ação monitória por força dos embargos só se opera *até o julgamento em primeiro grau*.

Antes da edição do Código de Processo Civil de 2015, discutia-se muito sobre a possibilidade ou não de dar sequência à fase executiva da ação monitória depois de rejeitados os embargos à monitória em primeiro grau.

A tese que sustentava que a execução só seria possível após o trânsito em julgado da sentença de improcedência dos embargos estava em manifesta desconformidade com a razão de ser do procedimento monitório e com o direito fundamental a um processo sem dilações indevidas (art. 5.º, LXXVIII, da CF). Se o escopo deste procedimento é abreviar o tempo necessário para a formação do título executivo, seria ilógico subordinar a realização

do direito ao trânsito em julgado da sentença de improcedência dos embargos.

Por essa razão, na hipótese de improcedência dos embargos, por sentença de primeiro grau, é restabelecida a eficácia executiva do mandado inicial – que foi *suspensa* pela oposição dos embargos à monitória –, que passa a autorizar a execução imediata nos moldes referidos no 702, § 8.º, do CPC. A sentença de improcedência dos embargos não tem eficácia executiva, tendo apenas carga declaratória capaz de permitir a restauração e a potencialização da eficácia executiva que estava paralisada pela apresentação dos embargos.

Em conta de tudo isso, rejeitados os embargos ao mandado, é constituído, "de pleno direito", o título executivo judicial, daí decorrendo o prazo de quinze dias para o devedor pagar sob pena de multa de dez por cento, acrescendo-se honorários de advogado e despesas processuais (art. 523, *caput* e § 1.º, do CPC).

9.7.9. Sequência do procedimento no caso de não apresentação dos embargos à monitória

Se o devedor não apresenta embargos ao mandado, esse é convertido em mandado executivo, daí decorrendo o prazo de quinze dias para o devedor pagar sob pena de multa de 10% (dez por cento), mais honorários advocatícios e despesas processuais, na forma do cumprimento de sentença comum.

Conforme sustenta a doutrina, a decisão de conversão do mandado monitório em mandado executivo "equivale" à sentença condenatória. Por isso, todos os efeitos produzidos pela sentença condenatória são também aqui operantes, inclusive a constituição, como efeito anexo da sentença, da *hipoteca judiciária* (art. 495, do CPC).[8]

9.7.10. Fase executiva e nova defesa do requerido

Na hipótese de improcedência dos embargos ao mandado, o devedor, após a formação do título executivo, somente poderá impugnar o cumprimento de sentença nas hipóteses previstas no art. 525, § 1.º, do CPC.

Isso porque há a formação de título executivo *judicial.* Por isso, não se cogita de permitir a reabertura de novo prazo de defesa – na fase de execução – já que a rejeição dos embargos à monitória ou a não oposição dessa impugnação implica efeitos semelhantes aos do reconhecimento do pedido, tornando certa a obrigação buscada pelo autor da demanda.

9.8. Ação monitória proposta contra a Fazenda Pública

Como já dito, a ação monitória pode ser proposta contra a Fazenda Pública. Nesse caso, porém, a lei exige certa adaptação procedimental, atendendo às peculiaridades das

ações que envolvem o Poder Público.

Por isso, em primeiro lugar, há que se atentar para o fato de que o prazo oferecido à Fazenda Pública para a oposição dos embargos deve ser de trinta dias, e não de quinze, nos termos do art. 183, do CPC.

Caso não opostos os embargos, a decisão que concedeu o mandado monitório, antes de tornar-se definitiva, e, assim, de autorizar o imediato cumprimento de da prestação, exige sujeição a reexame necessário, exceto nos casos indicados no art. 496, §§ 2.º e 3.º, do CPC (art. 701, § 4.º).

Do mesmo modo, caso sejam julgados improcedentes os embargos à monitória oferecidos pela Fazenda Pública, haverá a sujeição ao reexame necessário (art. 496, I, do CPC), de forma que, até sua apreciação, permanece inviável a efetivação da prestação buscada pelo autor.

Transitada em julgado a sentença que julgou os embargos, se estes forem rejeitados, segue-se a execução da sentença, na forma do que prevê o art. 534 e 535, do CPC, culminando, no caso de prestação de pagamento de soma, com a expedição do devido precatório ou da requisição de pequeno valor devidos.

Quando a prestação buscada na ação monitória corresponder a prestação de fazer, não fazer ou entregar coisa, evidentemente, também haverá a sujeição tanto da decisão que determina a expedição do mandado monitório, como da sentença que julga os embargos à monitória. No mais, porém, a efetivação do mandado monitório – no caso de não haver embargos ou de serem eles rejeitados – segue o regime normal, comum a todos os outros sujeitos.

[1] "É cabível ação monitória contra a Fazenda Pública" (Súmula 339 do STJ). Eis um dos precedentes desta Súmula:

"Ação monitória contra a Fazenda Pública. Possibilidade. 1. O procedimento monitório não colide com o rito executivo específico da execução contra a Fazenda Pública previsto no art. 730 do CPC. O rito monitório, tanto quanto o ordinário, possibilita a cognição plena, desde que a parte ré ofereça embargos. No caso de inércia na impugnação via embargos, forma-se o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo, prosseguindo-se na forma do Livro II, Título II, Capítulo II e IV (execução *stricto sensu*), propiciando à Fazenda, mais uma vez, o direito de oferecer embargos à execução de forma ampla, sem malferir princípios do duplo grau de jurisdição; da imperiosidade do precatório; da impenhorabilidade dos bens públicos; da inexistência de confissão ficta; da indisponibilidade do direito e não incidência dos efeitos da revelia. 2. O propósito da ação monitória é exclusivamente encurtar o caminho até a formação de um título executivo. A execução deste título contra Fazenda Pública deve seguir normalmente os trâmites do art. 730, que explicita o cânone do art. 100, da Carta Constitucional vigente. 3. Os procedimentos executivo e monitório têm natureza diversa. O monitório é processo de conhecimento. A decisão 'liminar' que nele se emite e determina a expedição do mandado de pagamento não assegura ao autor a prática de atos de constrição patrimonial, nem provimento satisfativo, uma vez que a defesa (embargos) tempestiva do réu instaura a fase cognitiva e impede a formação do título. 4. Deveras, a Fazenda cumpre as suas obrigações, independente de precatório quando o faz voluntariamente, consigna etc, sem prejuízo de que os óbices à monitória são equiparáveis à execução admissível pela súmula 279 do STJ. 5. Considere-se, por fim, que a rejeição da monitória contra a Fazenda Pública implica em postergar o direito do credor de crédito fazendário em face da entidade pública, impondo-se a *via crucis* do processo de conhecimento, gerando odiosa situação anti-isonômica em relação aos demais titulares de créditos semelhantes. 6. Recurso especial desprovido" (STJ, REsp 434571, 1.ª S., rel. Min. Luiz Fux, *DJU* 20.03.2006).

[2]

“É admissível a ação monitória fundada em cheque prescrito” (Súmula 299 do STJ).

“Processual civil. Ação monitória. Cheque prescrito. Documento hábil à instrução do pedido. Impugnação. Ônus da prova contrária que cabe ao réu. Revisão fática. Impossibilidade. Súmula 7, do STJ. I. 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. Apresentado pelo autor o cheque, o ônus da prova da inexistência do débito cabe ao réu. (…)” (STJ, REsp 285223, 4.ª T., rel. Min. Aldir Passarinho Junior, *DJU* 05.11.2001).

[3]

“O contrato de abertura de crédito em conta corrente, acompanhado do demonstrativo de débito, constitui documento hábil para o ajuizamento da ação monitória” (Súmula 247 do STJ).

“Recurso especial. Processual civil. Ausência de prequestionamento. Comercial. Contrato de abertura de crédito. Ação monitória. Cabimento. Impossível o acesso ao recurso especial se o tema nele inserto não foi objeto de debate na Corte de origem. O contrato de abertura de crédito não possui eficácia de título executivo, mas constitui prova escrita suficiente para comprovar a existência do débito, na forma em que exigido pela lei processual civil, mostrando-se hábil à utilização da ação monitória. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido” (STJ, REsp. 234563, 4.ª T., rel. Min. César Asfor Rocha, *DJU* 27.03.2000).

[4]

Embora a decisão que defere o mandado monitório seja, a rigor, decisão interlocutória, prevê o art. 701, § 3º, que é cabível ação rescisória contra ela, se o réu não opuser embargos, nem satisfizer a prestação. Obviamente, nesse caso, a decisão acaba assumindo função de sentença – depois de escoado o prazo para os embargos ou para o cumprimento voluntário da prestação – transformando-se na solução final da causa e autorizando o início da fase de cumprimento (definitivo) de sentença. Daí a previsão do cabimento da ação rescisória nesse caso.

[5]

“Cabe a citação por edital em ação monitória” (Súmula 282, do STJ).

“Processo Civil. Procedimento monitório. Citação por edital. Admissibilidade. Precedente da 4.ª T. Doutrina. Recurso acolhido. É possível a citação por edital do réu em ação monitória. No caso de revelia, nomear-se-á curador especial para exercer a defesa do réu através de embargos” (STJ, REsp 297421, 2.ª S., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJU* 12.11.2001).

[6]

“A reconvenção é cabível na ação monitória, após a conversão do procedimento em ordinário” (Súmula 292, do STJ).

“Processual civil. Recurso especial. Ação monitória. Reconvenção. Admissibilidade. Segundo a *mens legis,* os embargos na ação monitória não têm ‘natureza jurídica de ação’, mas se identificam com a contestação. Não se confundem com os embargos do devedor, em execução fundada em título judicial ou extrajudicial, vez que, inexiste ainda título executivo a ser desconstituído. Não pagando, o devedor, o mandado monitório, abre-se-lhe a faculdade de defender-se, oferecendo qualquer das espécies de respostas admitidas em direito para fazer frente à pretensão do autor. Os embargos ao decreto injuncional ordinarizam o procedimento monitório e propiciam a instauração da cognição exauriente, regrado pelas disposições de procedimento comum. Por isso, não se vislumbra qualquer incompatibilidade com a possibilidade do réu oferecer reconvenção, desde que seja esta conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa. A tutela diferenciada introduzida pela ação monitória, que busca atingir, no menor espaço de tempo possível a satisfação do direito lesado, não é incompatível com a ampla defesa do réu, que deve ser assegurada, inclusive pela via reconvencional. Recurso provido, na parte em que conhecido” (STJ, REsp. 222937, 2.ª S., rel. Min. Nancy Andrighi, *DJU* 02.02.2004).

[7]

Essa multa, obviamente, não se confunde com a multa cabível na hipótese de não cumprimento voluntário da prestação imposta judicialmente, nos termos do art. 523, § 1.º, do CPC.

[8]

V., nesse sentido, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, *Ação monitória*, p. 93-95.

Caso

Lucas, médico-cirurgião, ajuizou ação monitória em face de Mateus, seu paciente, exigindo o pagamento de um cheque prescrito no valor de R$ 50.000,00. Este foi então citado para efetuar o pagamento da quantia assinalada no título, mais honorários advocatícios de R$ 2.500,00. Ou, então, para, no mesmo prazo, apresentar embargos, sujeitando-se à majoração dos honorários e ao pagamento das custas processuais, caso sucumbente.

Mateus, então, apresentou embargos à ação monitória, nos quais alegou: a) a impossibilidade de cobrança de cheque prescrito, requerendo a extinção do feito com resolução de mérito; b) a inadequação da via, uma vez que um título executivo extrajudicial somente poderia ser exigido por meio do procedimento de execução de título extrajudicial; c) a impossibilidade de se expedir pronto mandado de pagamento, pois tal providência exigiria prova do fato constitutivo do direito do autor; d) embora a assinatura fosse sua, o cheque fora emitido em branco e preenchido por Lucas, que, violando o pacto entre eles, o completou com valor a maior. Para comprovar sua alegação, juntou aos autos contrato particular e troca de e-mails, dos quais se extrai que o valor devido seria de R$ 30.000,00; e) subsidiariamente, o parcelamento da dívida, comprovando de plano o cumprimento dos requisitos do art. 916 do CPC.

Intimado para apresentar resposta aos embargos no prazo de quinze dias, o autor deixou transcorrer o prazo *in albis*. Os autos foram então conclusos. Na qualidade de juiz da causa, julgue os embargos e dê o adequado prosseguimento ao feito.

10. Homologação de penhor legal

10.1. Questões introdutórias

Antigamente tratada como uma "medida cautelar específica", a homologação de penhor legal recebeu, no CPC atual, lugar devido dentre as medidas autônomas de tutela, de rito especial. A homologação de penhor legal, como o próprio nome já indica, corresponde a providência normalmente de jurisdição voluntária, que visa simplesmente a atender vetusta previsão contida no Código Civil (o penhor legal).

Neste procedimento, basicamente, o juiz limita-se a apurar se o procedimento do suposto credor está correto e a estabilizar o apossamento por este realizado. No modelo atual, em face de sua simplicidade, essa providência poderá até mesmo ter caráter extrajudicial, dispensando a participação do Judiciário nessa atividade (art. 703, §§ 2.º e 3.º).

10.2. O penhor legal

O penhor, sabe-se, é direito real de garantia, semelhante à hipoteca, por meio do qual se toma a posse de bem móvel (em regra, do devedor) até que se realize o adimplemento da dívida assumida.[1] Em regra, o penhor é convencional, decorrendo de relação jurídica mantida pelas partes. Por vezes, porém, é imposto pela própria lei, nascendo então o chamado *penhor legal*.

No direito nacional, o penhor legal é disciplinado pelos arts. 1.467 a 1.472 do CC. Do regime ali exposto, nota-se que essa garantia é reservada para certos tipos de crédito somente, impondo, em princípio, autorização judicial para a manutenção.

Conforme expõe o art. 1.467 do CC, "são credores pignoratícios, independentemente de convenção: I – os hospedeiros, ou fornecedores de pousada ou alimento, sobre as bagagens, móveis, joias ou dinheiro que os seus consumidores ou fregueses tiverem consigo nas respectivas casas ou estabelecimentos, pelas despesas ou consumo que aí tiverem feito; II – o dono do prédio rústico ou urbano, sobre os bens móveis que o rendeiro ou inquilino tiver guarnecendo o mesmo prédio, pelos aluguéis ou rendas".[2]

Vê-se que o penhor legal é muito limitado, cabendo apenas em situações excepcionais. Mais que isso, tem-se clássica discussão em doutrina sobre a natureza própria dessa medida, que reflete na extensão dos poderes sobre os bens aqui envolvidos. Com efeito, há quem veja no instituto simples direito de retenção – seguindo, paralelamente, o que prevê sobre o tema o art. 755 do Código Civil português. Outros enxergam aqui verdadeiro direito real de garantia, como sugere o próprio nome da medida. A discussão não tem reflexos apenas acadêmicos. Caracterizado como verdadeiro penhor, tem-se a incidência,

em prol do credor, de diversos direitos que extrapolam a simples prerrogativa de retenção (ver art. 1.433 do CC). Aliás, visto como espécie efetiva de penhor, o instituto em questão permite até mesmo que o credor busque, por via de ações possessórias, a recuperação dos bens enumerados no preceito descrito acima, até o pagamento integral da dívida, o que, evidentemente, não sucede com o direito de retenção.

A doutrina nacional inclina-se pela posição de considerar a figura em questão como efetivo direito real de garantia. Isso, porém, se dá, sobretudo, em conta de oferecer ao crédito em questão o privilégio natural das dívidas vinculadas a garantia real e não tanto pensando naqueles outros efeitos dessa conclusão.[3]

Seja como for, estabelece o Código Civil que, nos casos indicados no art. 1.467, acima mencionado, poderá o credor apossar-se de bens em montante suficiente para garantir a dívida existente. A obtenção dessa garantia – em forma de penhor – porque é feita *sponte propria* pelo credor, como forma de autotutela, exige posterior apreciação judicial. Para tanto é que a lei impõe que, depois de tomados os bens em penhor, deva o credor sujeitar-se à homologação judicial desse procedimento.

A lei material, todavia, não prima pela clareza em relação ao tema. Diz o Código Civil, em seu art. 1.470, que "os credores, compreendidos no art. 1.467, podem fazer efetivo o penhor, antes de recorrer à autoridade judiciária, sempre que haja perigo na demora, dando aos devedores comprovante dos bens de que se apossarem". Posteriormente, no artigo seguinte, determina o mesmo Código que, "tomado o penhor, requererá o credor, ato contínuo, a sua homologação judicial".

Dos dispositivos indicados surge o seguinte problema: a homologação do penhor legal é providência utilizada apenas para o caso em que o apossamento dos bens tenha sido feito seguindo o pressuposto do art. 1.470, ou seja, quando haja perigo de demora? Não havendo perigo de demora, pode o credor tomar bens em penhor para garantir as dívidas enumeradas no art. 1.467? Se esse apossamento for possível, deverá sujeitar-se à homologação nos termos aqui estudados, ou está sujeito a outro tipo de medida judicial?

Ao que parece, a conclusão que melhor harmoniza os dispositivos mencionados com o sistema geral do direito positivo nacional é aquela que vê no penhor legal *um ato complexo*, que exige a confluência de diversas condutas. O direito ao penhor legal assiste a todos aqueles que se enquadram nas previsões do art. 1.467 do CC. Todavia, em regra geral, esse penhor só pode ser efetivado *após pedido formulado ao juiz*, ou *após pedido formulado a notário,* por procedimento autônomo. Não pode, portanto, o credor tomar para si bens do devedor simplesmente por entender-se inserido em uma das duas situações descritas no art. 1.467 do CC.

Por exceção, havendo perigo na demora, poderá o credor, de plano e independentemente de provimento judicial (em medida de justiça de mão própria autorizada por lei), apossar-se dos bens descritos no artigo indicado, solicitando, apenas

posteriormente, a intervenção judicial (ou extrajudicial), no intuito de chancelar sua conduta urgente. Para estes casos é que se destina a medida de homologação de penhor legal.[4]

10.3. Procedimento da homologação judicial

A lei não prevê prazo para o início do procedimento de homologação de penhor legal. Na vigência do CPC de 1973, porque a homologação de penhor legal era arrolada como procedimento cautelar (embora todos reconhecessem que ela não tinha essa natureza), normalmente se aceitava a aplicação do prazo de trinta dias – que era o prazo para a propositura de ação principal, no caso do deferimento de medida cautelar – como o prazo razoável para o ajuizamento da medida.[5] Outros sustentavam, à vista da expressão "ato contínuo", prevista no art. 1.471, do CC, que o pedido de homologação do penhor legal devesse ser ajuizado no dia útil seguinte ao da tomada dos bens. Parece que, no regime atual, nenhuma das duas interpretações é aceitável. A ligação com as medidas cautelares não tem mais sentido já que a lei processual atual claramente afastou a homologação de penhor legal de qualquer relação com a tutela cautelar. Já a outra solução (um dia útil) parece extremamente onerosa, porque impõe à parte a obrigação de imediatamente contratar um advogado, que, no máximo no dia seguinte, ajuíze a demanda adequada.

Todavia, é intuitivo que não se pode admitir que o credor se apodere de bens do devedor e os mantenha consigo indefinidamente. Assim, é preciso concluir que há um prazo para que o credor solicite em juízo a homologação do procedimento por ele adotado. Tanto o art. 1.471 do CC, como o art. 703, *caput*, do CPC, indicam que o ajuizamento da homologação deve ocorrer "ato contínuo". Na falta de previsão mais concreta a respeito desse indicativo, deve-se ter por razoável, ainda hoje, o prazo de trinta dias que antigamente se utilizava (embora sem qualquer relação com a tutela cautelar), para que a parte possa ajuizar a demanda.

A homologação de penhor legal se inicia por petição inicial dirigida pelo credor ao juiz. Esse documento deve conter, como determina o art. 703, § 1.º, a relação especificada das despesas ou o contrato de locação (com o valor da locação não paga), a tabela de preços do estabelecimento[6] (somente para o caso de penhor de dívidas de despesas e consumos de estabelecimentos de hospedagem ou alimentação – art. 1.467, I, do CC) e o rol de bens retidos em garantia.[7] Pedirá o requerente a citação do devedor para pagar ou oferecer defesa em audiência preliminar designada.

O código de 1973 previa a possibilidade de homologação imediata, independentemente de contraditório. Contudo, essa possibilidade era amplamente criticada, porque inconstitucional. Por isso, no CPC/2015, não se admite mais aquela homologação "de plano", de modo que sempre se há de autorizar a defesa do réu. De fato, a garantia do contraditório é imposição constitucional – em todo processo que possa gerar gravame para o réu –, de modo que não pode a lei infraconstitucional dispensá-la somente em razão da maior ou menor evidência do direito do autor. Ademais, é possível que, no caso do penhor legal, a dívida já tenha sido paga ou que o devedor se disponha a caucioná-la, na forma do

que lhe autoriza o art. 1.472 do CC. Em casos como esses, obviamente, ainda que evidente o direito do autor – segundo os elementos que deve ele apresentar na petição inicial –, não poderá o magistrado homologar o penhor legal.

Por isso, sempre deve ser garantido o contraditório neste procedimento, salvo se for caso de indeferimento liminar de petição inicial.

Citado o réu, poderá ele pagar o valor da dívida, somada aos seus acréscimos legais – incluindo os ônus da sucumbência –, de modo a levantar o penhor operado pelo credor. Poderá também o devedor locatário (somente no caso do art. 1.467, II, do CC) oferecer caução idônea da dívida, inviabilizando a constituição do penhor legal (art. 1.472 do CC). Enfim, poderá oferecer defesa, impugnando a homologação do penhor legal.

Segundo prevê o art. 704, a defesa do réu neste procedimento não é ampla. Está limitada aos seguintes temas: "I – nulidade do processo; II – extinção da obrigação; III – não estar a dívida compreendida entre as previstas em lei ou não estarem os bens sujeitos a penhor legal; IV – alegação de haver sido ofertada caução idônea, rejeitada pelo credor". Interessam, sobretudo, as defesas que estão arroladas no inciso III, acima descrito, porque sobre estas existe viva controvérsia.

Com efeito, discute-se em doutrina quais são os tipos de dívidas compreendidas no art. 1.467 do CC. Há quem dê interpretação restritiva aos casos enumerados no artigo indicado, compreendendo que apenas os valores referentes às despesas e consumo (inciso I) ou aquelas referentes aos aluguéis ou rendas (inciso II) poderiam ser protegidos pelo penhor legal.[8] No entendimento de outros, também estariam compreendidos no permissivo legal os valores indiretamente ligados a tais débitos – como, por exemplo, os valores acessórios à locação, como seriam as multas contratuais, as despesas condominiais, os tributos incidentes sobre o imóvel ou os débitos referentes à manutenção do imóvel locado.[9] Porque a hipótese constitui caso de autotutela, parece recomendável que se lhe dê interpretação restritiva. Assim, parece ser mais adequado considerar que apenas para os créditos expressamente designados em lei é possível o penhor legal – feito pelo próprio credor – de que aqui se trata.

Outrossim, quanto aos bens que podem ser objeto de penhor, não basta que sejam bens que possuam valor econômico e que possam ser alienados em ulterior execução (bens penhoráveis). O art. 1.467 do CC, expressamente indica que o penhor legal somente pode incidir sobre bagagens, móveis, joias ou dinheiro que os consumidores ou fregueses portem consigo (inciso I) ou sobre bens móveis que guarneçam o prédio rústico ou urbano, alugado ou arrendado (inciso II). Novamente, embora se pudesse apontar interpretação extensiva ao preceito, o fato de tratar-se aqui de hipótese de autotutela recomenda interpretação restritiva, de modo que apenas esses bens podem ser objeto de penhor legal.

Havendo ou não defesa, o feito seguirá o rito comum. Realizadas eventuais provas,

cumpre ao magistrado decidir o procedimento, homologando ou não o penhor realizado pelo credor. Se homologá-lo, consolida-se em favor do autor a posse dos bens tomados. Não sendo homologado o penhor, os bens apossados deverão ser restituídos ao requerido, o que, porém, não inibirá o credor de satisfazer seu crédito por processo autônomo (art. 706, *caput* e § 1.º).

Contra a sentença que homologa ou não o penhor legal, cabe apelação. Este recurso, porém, possui efeito suspensivo *sui generis*, outorgado pelo relator do feito, já que, na sua pendência, pode o relator autorizar que a coisa permaneça em mãos do autor (art. 706, § 2.º).

Efetuada a homologação do penhor, pode o credor ajuizar desde logo execução por quantia certa, garantida pelo direito real sobre os bens. Em regra, como se sabe, os contratos garantidos por penhor constituem título executivo extrajudicial (art. 784, V, do CPC), o mesmo valendo para os contratos de locação feitos documentalmente (art. 784, VIII, do CPC). Desse modo, homologado o penhor, cria-se automaticamente um título executivo extrajudicial, a habilitar o credor ao ajuizamento imediato de execução. Não estando, porém, ainda liquidada a dívida ou pendendo sobre ela condição ou termo, poderá ser necessário liquidar o valor ou aguardar a superação do óbice criado.

Com a homologação, legitima-se a posse do credor sobre os bens do devedor, que manterá os bens como depositário, até a quitação da dívida. Recorde-se, porém, que há casos de penhor em que o depósito não ficará em mãos do credor, como é o caso de penhor rural, industrial, mercantil ou de veículos (art. 1.431, parágrafo único, do CC).[10]

10.4. A homologação extrajudicial de penhor legal

Considerando que a homologação de penhor legal, no mais das vezes, como dito, assume caráter de jurisdição voluntária, a lei autoriza que esse procedimento também seja realizado extrajudicialmente, perante notário de livre escolha do autor (art. 703, § 2.º).

Nesse caso – e respeitado o mesmo prazo para o ajuizamento da homologação judicial – o interessado deve requerer a homologação, fazendo anexar ao seu pedido o contrato de locação ou a conta discriminada das despesas, a tabela dos preços e a relação dos objetos tomados.

Recebido o pedido, o notário providenciará a notificação extrajudicial do devedor, para que, em cinco dias, realize o pagamento do débito ou impugne a exigência da dívida, apontando uma das causas do art. 703, § 3.º, do CPC.

Caso o devedor realize o pagamento, o penhor se torna insubsistente.

Se o devedor impugnar o pedido, será a questão remetida ao juízo competente, para que prossiga sob o rito do pedido *judicial* de homologação de penhor legal (art. 703, § 3.º).

Não havendo manifestação tempestiva do devedor, o notário formalizará a homologação do penhor legal por escritura pública, a fim de tornar definitivamente legítima a posse do credor sobre os bens, de modo idêntico ao que ocorreria caso a homologação fosse judicial. Ademais, em razão da homologação do penhor, terá o credor em seu favor título extrajudicial (art. 784, V, do CPC), para dar início à execução da dívida garantida.

1

Código Civil, art. 1.431: "Constitui-se o penhor pela transferência efetiva da posse que, em garantia do débito ao credor ou a quem o represente, faz o devedor, ou alguém por ele, de uma coisa móvel, suscetível de alienação (…)".

2

Além desses casos, há outras previsões de penhor legal em leis especiais, como é a hipótese de penhor legal para os artistas em relação aos equipamentos e materiais do empregador para a realização de programa, espetáculo ou produção (art. 31 da Lei 6.533/1978).

3

Segundo DARCY BESSONE, a hipótese realmente trata de penhor, já que o direito de retenção se dá sobre coisa que está na posse do credor antecipadamente, o que aqui não ocorre. A posse do bem empenhado não precede o penhor, mas deriva dele, que é precisamente a situação que aqui se apresenta (DARCY BESSONE, *Direitos reais*, p. 390).

4

Este também é o entendimento de PONTES DE MIRANDA: "É certo que, no art. 779 [refere-se o autor ao Código revogado], o Código Civil, prevendo casos de urgência ('sempre que haja perigo na demora'), admitiu que os credores compreendidos no art. 776 do mesmo Código possam 'fazer efetivo o penhor, antes de recorrerem à autoridade judiciária'. Clóvis Bevilaqua (…) considerou tal penhor como 'constituído'. O art. 779 do Código Civil foi tirado do Projeto de Coelho Rodrigues, art. 1.667, que não permitia tal interpretação. 'Efetivo' lá estava por 'de fato', tanto que, após essa prenda, tinha o credor de se conformar com o pedido de homologação (art. 1.667 do Projeto Coelho Rodrigues, *verbis* 'conformando-se com as disposições seguintes'). O art. 780 do Código Civil [de 1916] *continua* o art. 779 [ver, respectivamente, arts. 1.470 e 1.471 do CC/2002]: haver perigo na demora é pressuposto material para a homologação; se não há esse perigo (*e.g.*, o devedor deu fiador, ou por outro modo satisdeu), a homologação fica afastada" (FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. XX, p. 424-425).

5

A questão, todavia, era polêmica. Entendendo, por exemplo, na época, que o prazo não podia ser este, de trinta dias, mas um prazo razoável, tomado a livre arbítrio do magistrado, ver CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 353.

6

Segundo determina o art. 1.468, do CC, essa tabela deve ser *impressa* e estar prévia e ostensivamente exposta no estabelecimento, sob pena de nulidade do penhor.

7

Esse último requisito posto pela lei corrobora o entendimento antes indicado, no sentido de que a homologação somente se presta para a hipótese do art. 1.470, do CC, ou seja para o caso em que já tenha ocorrido o apossamento de bens do devedor, em razão do perigo na demora.

8

NESSE sentido, ver OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, *Curso de processo civil*, cit., p. 359.

9

Seguindo esse entendimento, ver FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, cit., t. XX, p. 425.

10

Ver sobre isso, ORLANDO GOMES, *Direitos reais*, p. 396.

Caso

Daniel é proprietário de imóvel urbano e vem tentado há meses, sem sucesso, receber os aluguéis de Josué, seu inquilino. O valor da dívida soma aproximadamente R$36.000,00 referentes à locação, mais R$ 12.000,00 de despesas condominiais e tributos não pagos. Daniel já ajuizou inclusive ação de despejo, ainda sem previsão de julgamento. Você é o advogado que patrocina a ação.

Irritado com a lentidão do processo, Daniel telefona várias vezes ao seu escritório, pedindo novidades. Ele resolve, então, por conta própria, ler o art. 1467 do Código Civil. Após algum esforço hermenêutico, Daniel entende que pode tomar para si bens do devedor por conta própria para garantir a dívida, desde que posteriormente obtenha homologação do penhor.

Imediatamente, Daniel vai até o imóvel enquanto Josué trabalhava e de lá retira aparelhos televisores, computadores e dois armários. Coloca tudo na caminhonete de seu inquilino (que fora trabalhar de ônibus) e leva todos os bens – inclusive o veículo – à sua própria casa. O valor dos bens totaliza aproximadamente R$ 48.000,00.

Daniel, agora, telefona ao seu escritório, contando que se utilizou do penhor legal e pedindo o ajuizamento da ação de homologação.

Como você orientaria o seu cliente nesta situação?

E Josué, quais argumentos poderá aduzir em sua defesa?

11. Protestos, notificações e interpelações

11.1. Noções preliminares

Os protestos, notificações e interpelações são instrumentos de comunicação da vontade, podendo fazer-se judicialmente ou não. Normalmente, essas medidas ostentam claro caráter de jurisdição voluntária, em que o Judiciário é utilizado apenas como o veículo para a manifestação da intenção do requerente. Eventualmente, porém, como se verá adiante, esses procedimentos podem assumir natureza contenciosa, impondo o estabelecimento de contraditório e efetiva análise judicial "de mérito".

Trata-se de três medidas distintas, com usos específicos, ainda que os três instrumentos sirvam para manifestar a vontade do requerente, manifestação esta que se dirige, em regra, à conservação de direitos.

Os protestos, especificamente, objetivam comunicar a afirmação do requerente de que possui um direito ou de que tem a intenção de exercitá-lo. Dizia o art. 867, do CPC de 1973, que "todo aquele que desejar prevenir responsabilidade, prover a conservação e ressalva de seus direitos ou manifestar qualquer intenção de modo formal, poderá fazer por escrito o seu protesto, em petição dirigida ao juiz, e requerer que do mesmo se intime a quem de direito". A finalidade do protesto, portanto, é ampla, tendo como principal efeito a condição de interromper a prescrição (art. 202, II, do CC).[1] Pode servir também para manter ressalva do direito do interessado ou para simplesmente manifestar sua intenção.

As notificações judiciais, a seu turno, têm por objetivo comunicar a alguém a vontade do agente, de modo a dar àquele ciência formal de sua intenção (art. 726, do CPC). É o que ocorre, por exemplo, na notificação exigida pelo art. 57 da Lei 8.245/1991 (Lei de Locações), que prevê a notificação prévia para a denunciação (extinção) de contrato de locação por tempo indeterminado.

Por fim, as interpelações destinam-se à expressão de vontade do requerente que, em si mesma, não produz efeitos jurídicos, estando condicionados estes efeitos a ação ou omissão do interpelado. Nos termos do que prevê o art. 727, do CPC, a função da interpelação é buscar que o requerido faça ou deixe de fazer alguma coisa que o requerente entenda legítimo. Tal é o que ocorre, exemplificativamente, nos casos em que se comunica o devedor da necessidade de cumprir com certa prestação, sob pena de incidir em mora (art. 397, parágrafo único, CC).

Em todos estes casos, como se vê, em regra, não há propriamente atuação jurisdicional, no sentido de que nenhuma providência se espera do órgão judicial, a não ser o encaminhamento ao requerido da manifestação apresentada pelo autor. Não há, portanto, normalmente, *decisão judicial* nestas medidas, de modo que não cabe ao

magistrado *pronunciar-se* sobre a mora, sobre a dívida, sobre o contrato etc.

11.2. Condições de admissibilidade

O protesto, a notificação e a interpelação, como é intuitivo, levam à expedição de um ato judicial, que pode, por vezes, impressionar o requerido e fazê-lo crer que está diante de mais do que verdadeiramente o ato é. Por isso, não pode o magistrado admitir que as figuras em questão sejam utilizadas para induzir o requerido a crer que há decisão judicial ali veiculada.

Com mais razão, não se pode admitir o uso dessas medidas para obter do Poder Judiciário pronunciamento – qualquer que seja – sobre direito ou pretensão. Os protestos, as notificações e as interpelações, quando admitidas, não se revestem de nenhuma eficácia particular judicial, nem obtêm a chancela pública quanto à validade ou à pertinência da intenção manifestada. Por isso, também não conduzem ordem judicial destinada a ninguém.[2]

A força dessas medidas opera, portanto, exclusivamente no plano psicológico, sem qualquer conteúdo coercitivo estatal.

Daí a razão pela qual a atividade judicial em aceitar ser o veículo de protestos, notificações e interpelações assumir papel relevante. O CPC de 1973 dizia que o juiz não deveria admitir o emprego dessas medidas se verificasse a falta de "interesse legítimo" para sua realização. Considerava-se que essa expressão – que obviamente não se confundia com a ideia de interesse processual (condição da ação) mplicava a inadequação evidente da medida para o fim pretendido. Por outras palavras, indicava de que o Judiciário – ainda quando se trate de jurisdição voluntária – não devia ser utilizado para veicular manifestações de vontade que certamente não atingiriam o objetivo almejado pelo requerente. Assim, sempre que o protesto, a notificação ou a interpelação dispensassem a participação judicial para dar eficácia à manifestação de vontade, as medidas se tornam inviáveis – já que não compete ao magistrado contribuir com a sua autoridade estatal nessa espécie de providência.[3]

O CPC de 2015 não contém mais expressão semelhante. Porém, a exigência ainda merece ser imposta. Em primeiro lugar, recorde-se que, em se tratando de procedimento dito de jurisdição voluntária, incide o comando do art. 723, parágrafo único, do CPC, a prever que o magistrado não está aqui vinculado à legalidade estrita, podendo adotar a providência que entenda a mais conveniente e oportuna ao caso concreto. Vai daí que, percebendo que a função almejada com a notificação, a interpelação ou o protesto extravasa os limites simples dessas medidas, deve recusar seguimento ao feito. De outro lado, não bastasse esse preceito, é certo que o Judiciário não deve prestar-se como instrumento de engodo ou para fim diverso do qual foi projetado. Por essa razão, é inerente à própria atividade jurisdicional a sua seriedade e a necessidade de vinculação aos seus propósitos constitucionais.

Assim, ainda que não haja mais a expressa previsão do requisito do "legítimo interesse", impõe-se a sua observância, nos termos acima indicados, como limite ao emprego do protesto, da notificação e da interpelação.

Identicamente, não se pode utilizar dos protestos, notificações ou interpelações para o exercício de pretensão manifestamente ilícita – a exemplo de ameaças ou de constrangimento ilegal, tipificadas pelo Código Penal (arts. 147 e 146, respectivamente). É o que se extrai do art. 728, I, do CPC. Mais uma vez, revela-se a necessidade de que o Judiciário não seja empregado para veicular finalidades diversas de sua função constitucional, a reafirmar a ideia do "legítimo interesse" para o emprego dos procedimentos em estudo.

O art. 726, § 1.º, contém hipótese específica que também revela o descabimento das medidas em exame, em certas circunstâncias. Afirma que, sempre que a notificação tiver caráter *geral* (ou seja, dirija-se ao público indiscriminadamente), somente se admitirá o emprego da medida "se a tiver por fundada e necessária ao resguardo do direito". De fato, uma comunicação geral, dirigida ao público, não deve ser admitida como simples forma de divulgação de ideias, de intenções ou de desejos, que se vale do Judiciário. Impõe-se que essa medida seja necessária para a proteção efetiva de interesses legítimos, sob pena de desvirtuar a função jurisdicional.

Enfim, também deve o magistrado recusar o protesto, a notificação ou a interpelação quando a medida der causa a dúvidas e incertezas, que possam inviabilizar a formação de contrato ou a realização de negócio lícito. O importante é que o processo judicial – mesmo o de jurisdição voluntária – não seja usado como veículo para atemorizar terceiros, criando obstáculos à legítima realização de relações jurídicas. Não deve o juiz admitir, assim, por exemplo, protesto para o público em geral que tenha o manifesto e único propósito de criar opinião pública negativa de certa empresa ou de incutir na população a falsa (não comprovada) sensação de que há irregularidades que afetam o requerido ou certa relação jurídica.

Por outras palavras, deve-se evitar o uso do Poder Judiciário – com sua imanente credibilidade – como veículo para abalar a confiança nas relações interpessoais ou para emprestar falsa impressão de força estatal a certo comunicado.

11.3. Procedimento

O protesto, a notificação e a interpelação devem ser formulados em petição escrita, em que o interessado deve indicar os fatos e fundamentos de sua manifestação. Embora não se aluda mais, expressamente, como dito, à presença do "interesse legítimo", o dever imposto ao Judiciário de controlar eventuais abusos no emprego dessas medidas impõe o esclarecimento da finalidade a que se destina o protesto, a notificação ou a interpelação. É necessário, assim, que o requerente especifique, com exatidão, a intenção da medida e os fatos que circunscrevem a sua manifestação de vontade.

O juízo competente para a medida será aquele determinado segundo as regras gerais de competência, designadas na parte geral do Código (arts. 46 e ss.).

Apresentado o pedido, compete ao magistrado, como já observado, indeferi-lo liminarmente quanto entender que falta ao requerente legítimo interesse ou quando verificar que a medida, por gerar dúvidas ou incertezas, poderá prejudicar a celebração de negócios jurídicos lícitos. Não sendo o caso de indeferir de pronto o pedido, deverá o magistrado encaminhar ao requerido o protesto, a notificação ou a interpelação, mediante a entrega direta dos autos ao destinatário (art. 729).

Em princípio, o rito dessas medidas é simples assim, não dependendo de maiores cautelas.

Todavia, excepcionalmente, o magistrado deve autorizar a prévia defesa do requerido, especialmente quando haja repercussões do protesto, da notificação ou da interpelação que extrapolem o simples âmbito da comunicação de vontade ou de pretensão.

Assim, diz o art. 728, do CPC, que antes de realizar o protesto, a notificação ou a interpelação, deve o juiz ouvir o requerido, sempre que suspeitar que essas medidas destinam-se a fim ilícito ou quando for requerida a averbação da medida em registro público.[4]

Em tais casos, e novamente sublinhando a intenção de evitar o emprego do protesto, da notificação e da interpelação com função desvirtuada, impõe-se o contraditório e, consequentemente, efetiva decisão judicial a respeito da pretensão inicial.

[1] ALFREDO ARAÚJO LOPES DA COSTA, *Medidas preventivas*, cit., p. 167.

[2] Nesse sentido, OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, *Do processo cautelar,* cit., p. 455-456; CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 329.

[3] "Notificação. Falta de interesse. É de ser indeferida por falta de interesse notificação inútil, que objetiva informar o credor da impossibilidade da execução, porque proposta ação revisional, eis que esta não impede o processo coativo, assegurado pela Constituição Federal, se o credor tiver título certo, líquido e exigível. Apelação negada" (extinto TARS, 3.ª Câm. Civ, AC 195191135, rel. Juiz Gaspar Marques Batista, j. 08.05.1996).

[4] Discute-se sobre a possibilidade de levar a registro, na matrícula dos imóveis, o protesto havido contra a alienação desses bens. Há acirrada divergência quanto a esse assunto na jurisprudência, embora tenha prevalecido a opinião que autoriza essa inscrição. Manifestando-se favoravelmente a esta averbação, especialmente como expressão do direito substancial de cautela, ver STJ, 3.ª T., REsp 695095/PR, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJU* 20.11.2006, p. 302; STJ, Corte Especial, EREsp 440837/RS, rel. p/acórdão Min. Barros Monteiro, *DJU* 28.05.2007, p. 260; STJ, 4.ª T., RMS 14184/RS, rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJU* 28.04.2003, p. 202; STJ, 4.ª T., REsp 440837/RS, rel. Min. Barros Monteiro, *DJU* 16.12.2002, p. 345; STJ, 4.ª T., REsp 146942/SP, rel. Min. Asfor Rocha, *DJU* 19.08.2002, p. 167. Em sentido contrário, concluindo por inadmissível tal medida, por não estar prevista em lei, e por tratar-se o protesto de medida de jurisdição voluntária, ver STJ, 4.ª T., REsp 774785/MG, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, *DJU* 04.12.2006, p. 326; STJ, 3.ª T., REsp 434541/SP, rel. Min. Menezes Direito, *DJU* 04.08.2003, p. 293; STJ, 3.ª T., REsp 324406/SC, rel. Min. Menezes Direito, *DJU* 01.04.2002, p. 184.

Caso

Maria é proprietária de um imóvel comercial, ocupado pela Empresa A Ltda. por tempo indeterminado. As partes divergem sobre valores relativos a tributos incidentes sobre o imóvel. Embora Maria tenha arcado com o pagamento desses tributos, ela entende que a responsabilidade deveria ter sido arcada pela locatária. Nenhuma das partes, entretanto, ajuizou ação para resolver o conflito.

Cansada da relação conflituosa com a Empresa A Ltda., Maria resolve extinguir o contrato de locação. Contrata então um advogado, que propõe ação de interpelação judicial, pedindo que se comunique à locatária a denunciação do contrato, seu dever de desocupar o imóvel no prazo de 30 dias e de proceder ao imediato pagamento dos débitos tributários arcados pela locadora.

Analise, na qualidade de juiz da causa, o pedido de interpelação judicial, dando a adequada continuidade ao procedimento.

12. Usucapião

12.1 O direito à usucapião

A usucapião é forma originária de aquisição da propriedade, que se dá em razão da posse, mansa e pacífica, sobre o bem, por determinado lapso temporal.

Trata-se de forma *originária* de aquisição, o que implica dizer que eventuais vícios existentes sobre a cadeia dominial do bem, anteriores à aquisição, não se transmitem para o novo proprietário. Não só os bens imóveis são sujeitos a essa forma de aquisição de propriedade. Também bens móveis (arts. 1.260 a 1262, do CC) e até mesmo bens incorpóreos podem ser adquiridos por usucapião (a exemplo de linhas telefônicas)[1]. Aliás, o art. 1.379 do CC é expresso em autorizar a usucapião de servidões prediais.

O direito nacional conhece várias formas de usucapião, classificadas em razão dos requisitos existentes para a sua caracterização. Na legislação civil comum, encontram-se basicamente duas formas de usucapião, a *ordinária* e a *extraordinária*. A primeira é tratada pelo art. 1.242 do CC e se caracteriza pelo menor lapso temporal exigido para a aquisição da propriedade, que decorre da necessidade de comprovação de justo título e de boa-fé, por parte do interessado. Já a segunda, regulada pelo art. 1.238 do mesmo Código exige maior tempo de posse, mas, em compensação, dispensa os requisitos do justo título e de boa-fé.

Além dessas duas formas de usucapião, encontram-se outras modalidades do instituto em legislação extravagante – a exemplo da usucapião indígena (art. 33 da Lei 6.001/1973) e da usucapião coletiva (art. 10 da Lei 10.257/2001) – e mesmo no texto constitucional – como ocorre com a usucapião urbana, prevista no art. 183 da CF e regulada pelo art. 1.240 do CC, e com a usucapião rural, tratada pelo art. 191 da CF e disciplinada pelo art. 1.239 do CC. Cada uma dessas formas de usucapião regula-se por requisitos próprios, embora utilize o mesmo procedimento judicial para seu reconhecimento.

Como última observação preliminar, vale recordar que, segundo o direito atual, são insuscetíveis de usucapião os bens públicos (art. 183, § 3.º, e art. 191, parágrafo único, da CF e art. 102, do CC),[2] bem como os bens pertencentes às comunidades indígenas (art. 231, § 4.º, da CF).

12.2 Requisitos para a usucapião

O direito à usucapião assenta-se fundamentalmente em três pressupostos essenciais, dois acidentais (que abreviam o tempo para a configuração do instituto) e alguns específicos para certas modalidades do instituto.

Os pressupostos essenciais à usucapião são:

a) a idoneidade do bem a sujeitar-se à usucapião. O bem desejado precisa estar sujeito a esta forma de aquisição de propriedade. Como visto, os bens públicos e os pertencentes às comunidades indígenas não são passíveis de usucapião;

b) a posse mansa, pacífica e contínua. Posse mansa e pacífica é aquela exercida sem que haja contestação ou oposição por outra pessoa, seja do proprietário, seja de terceiro. Essa ausência de impugnação é que oferece a condição essencial para que o sujeito se tenha por proprietário da coisa e aja em relação a ela como se proprietário fosse. Aí reside a essência da usucapião: a situação de que alguém se mantém na posse de um bem, agindo em relação a este como se fora proprietário, por longo período de tempo, sem ser contestado por outrem, faz presumir seja ele o titular da coisa, legitimando-o a buscar o título de domínio.

Por isso, não se admite a precariedade ou a violência na posse que se pretenda utilizar para usucapir um bem. É necessário que a posse mantida pelo tempo determinado seja de tal forma que não haja, da parte do possuidor, coação, ameaça ou uso de força para se manter no lugar, e da parte de terceiros, impugnação judicial que questione a posse do bem;

c) a duração da posse por determinado lapso temporal. O terceiro, mas não menos importante, requisito para a usucapião, é a permanência da posse por certo período de tempo. Esse período varia conforme a espécie de usucapião em questão. Em relação a imóveis, será de quinze anos, na usucapião extraordinária, podendo o prazo ser reduzido para dez, se o interessado tiver estabelecido no imóvel sua morada habitual ou se tiver realizado nele obras ou serviços de caráter produtivo (art. 1.238, e seu parágrafo único, do CC). Para a usucapião ordinária de imóveis, o prazo será de dez anos, podendo reduzir-se para cinco anos, se o imóvel “houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico” (art. 1.242 e seu parágrafo único, do CC). Na usucapião constitucional urbana (art. 183 da CF) e na rural (art. 191 da CF), o prazo é de cinco anos. Para esta forma de usucapião, porém, não se admite – ao contrário do que sucede com as demais – a somatória de posses para completar o prazo de cinco anos. É que, em se tratando de exceção constitucional, tendente a beneficiar pessoas que não possuem imóveis e que pretendam fixar definitivamente seu domicílio naquele lugar, é preciso que *a própria pessoa* haja residido ali pelo tempo necessário, *e se mantenha nessa condição no início do processo de usucapião*, somente se permitindo a transmissão da posse por direito hereditário (art. 1.207 do CC e art. 9.º, § 3.º, da Lei 10.257/2001).[3] Quanto aos bens móveis, esses prazos são sensivelmente mais curtos. Nos termos do que preveem os arts. 1.260 e 1.261, a usucapião de bem móvel se dá em três anos (com justo título e boa-fé) ou em cinco anos (independentemente desses outros dois adjetivos).

Já os requisitos acidentais, que aceleram o período necessário para a aquisição da propriedade do bem (gerando a chamada usucapião ordinária), são:

a) justo título. Esse requisito equivale à aparência de regularidade do título portado pelo possuidor. Impõe-se ao requerente, que demonstre que possui título de direito, que autorize a "ocupação putativa" do bem.[4] Vale dizer que, na usucapião ordinária, deve o interessado demonstrar que ostenta título que assemelha legalidade, ainda que, substancialmente, contenha defeitos capazes de inviabilizar seu registro ou que tenha provindo de quem não era o efetivo proprietário (embora pudesse ser tomado como tal);

b) boa-fé. A boa-fé implica a suposição de regularidade na aquisição e na manutenção da posse como se fora proprietário. Também, então, se exige que o requerente demonstre que mantém a posse em boa-fé, acreditando ser o titular do imóvel.

Finalmente, quanto aos requisitos específicos para certas modalidades de usucapião, tem-se como necessário que se faça:

a) para a usucapião constitucional urbana, a demonstração de que a área a ser usucapida não tem mais do que duzentos e cinquenta metros quadrados e de que é utilizada para a moradia do requerente ou de sua família. Ainda se exige que o interessado não tenha usufruído desse benefício anteriormente, jamais tendo adquirido outro imóvel por essa mesma via (art. 183 da CF);

b) para a usucapião constitucional rural, a prova de que o interessado não é titular de outro imóvel rural ou urbano, de que a área rural não supera cinquenta hectares, de que ela é produtiva por seu trabalho ou de sua família, e de que constitui sua morada (art. 191 da CF).

12.3 A ação de usucapião no CPC de 2015

A usucapião, no CPC de 2015, pode ser postulada basicamente por duas formas distintas: por procedimento judicial ou extrajudicialmente, em procedimento administrativo que tramita perante o cartório de registro de imóveis (art. 216-A, da Lei 6.015/73, acrescentado pelo art. 1.071, do CPC/2015).

Em qualquer dos casos, é bom salientar a natureza meramente declaratória da usucapião. Por outras palavras, não é pelo procedimento (judicial ou extrajudicial) de usucapião que o interessado adquire a propriedade do bem em questão. A demanda se limita a certificar a anterior aquisição da propriedade – que se deu a partir do momento em que foram reunidos os requisitos para tanto. Daí porque é possível que, por qualquer outra via, possa o interessado obter semelhante providência. Assim, por exemplo, admite-se a alegação de usucapião como matéria de defesa.[5]

Ademais, vale observar que há previsão de regras procedimentais específicas em leis

extravagantes que regulam hipóteses de usucapião. Embora certos casos remetam à disciplina padrão do CPC, tal como prevê o art. 14, da Lei n. 10.257/2001,[6] que regula o procedimento para a usucapião constitucional de áreas urbanas, para a usucapião constitucional de áreas rurais, permanece a disciplina processual da Lei 6.969/1981.[7]

O CPC de 2015 não disciplina em um capítulo próprio a ação judicial que busca a usucapião. As disposições a propósito desta demanda são espalhados pela lei, o que sem dúvida dificulta sobremaneira o trato sistemático da questão. De toda sorte, com essa solução, tem-se que o rito empregado para a usucapião – exceto quando haja previsão de procedimento próprio, como acima visto – é o *comum,* disciplinado pelo código, com as adaptações necessárias e impostas por regras específicas.

12.3.1 Legitimidade

Pode postular a usucapião o interessado – pessoa natural, jurídica ou formal – que esteja na posse do bem a ser adquirido.[8] Obviamente, não tem legitimidade para promover a usucapião aquele que detém a posse em nome alheio ou o mero detentor do bem.[9]

Na ação de usucapião constitucional de imóveis urbanos, pode ainda o autor ser representado pela associação de moradores da comunidade, desde que regularmente constituída e com personalidade jurídica, e conquanto explicitamente autorizada para esse fim pelo interessado (art. 12, III, da Lei 10.257/2001). Embora a lei fale aí em substituição processual, vê-se, a toda evidência, que se trata de hipótese de representação processual, tanto que é necessária a autorização expressa do interessado para legitimar a associação à demanda.

Quanto ao polo passivo, esse será formado, obrigatoriamente, pela pessoa em cujo nome esteja registrado o bem, pelos confinantes (art. 246, § 3.º, do CPC)[10] e por seus respectivos cônjuges ou conviventes, exceto quando casados em regime de separação absoluta de bens (art. 73, § 1.º, I, do CPC). Se houver outra pessoa na posse atual do bem, ou se existirem outros compossuidores, também estes devem ser citados para a demanda.

12.3.2 Competência

A ação de usucapião deverá ser ajuizada no local em que se situar o imóvel, exatamente por se tratar de ação que trata de direito real sobre bem imóvel (art. 47 do CPC). A competência, nesse caso, por envolver direito de propriedade, será absoluta e, portanto, improrrogável. Não se admite, portanto, para esses casos, que prevaleça possível foro de eleição ou juízo universal.

Evidentemente, sempre que o Poder Público federal fizer parte da relação processual (por exemplo, na condição de confinante), a competência será deslocada para a Justiça Federal, mas sempre do local em que se encontre o imóvel. Entende-se, porém, que se o

foro da situação do imóvel não for sede de vara federal, em se tratando de *usucapião especial*, a ação deve ser proposta no juízo *estadual* da situação do imóvel, com competência recursal para o Tribunal Regional Federal correspondente, em aplicação do preceito contido no art. 109, §§ 3.º e 4.º, da CF.[11] Esse entendimento decorre da aplicação do contido no art. 4.º da Lei 6.969/1981, que prescreve que "a ação de usucapião especial será processada e julgada na comarca da situação do imóvel". Em vista dessa regra, entende-se que há aí delegação (legal) de competência, nos moldes do previsto no art. 109, § 4.º, da CF, que autoriza a Justiça Estadual a atuar (em primeiro grau de jurisdição) como Federal.

12.3.3 Procedimento da usucapião

A rigor, o procedimento da usucapião tradicional deixou de ser diferenciado há muito tempo. Desde a exclusão da justificação prévia da posse, operada por força da Lei 8.951/1994, ainda na vigência do CPC/73, praticamente não há qualquer diferencial entre o rito empregado para a usucapião e para qualquer outra pretensão.

Por isso, o CPC de 2015 sequer prevê um procedimento especial para a usucapião. Não obstante isso, o regime a que se sujeita essa pretensão ainda guarda certas particularidades, especialmente referentes à imposição do litisconsórcio passivo e à necessidade de comunicação dos interessados e, eventualmente, do Ministério Público, para intervenção.[12]

Como já observado, o Código de 2015 não reservou um espaço próprio para o tratamento da ação de usucapião. Porém, há diversas regras espalhadas ao longo do Código, que exigem certa atenção. Assim, o procedimento desta demanda será o comum, com algumas particularidades dadas por essas regras específicas.

Assim, o feito se inicia por petição inicial, em que o interessado fundamentará seu pedido de usucapião, indicando o preenchimento dos requisitos para tanto e descrevendo, pormenorizadamente, o imóvel a ser usucapido. A descrição precisa do bem é fundamental, não apenas porque isso compõe parte relevante da causa de pedir, mas também porque ela identifica com exatidão a área pretendida e permite determinar os confrontantes do imóvel. Cumpre ainda ao requerente pedir, na inicial, a citação pessoal[13] daquele em cujo nome está registrado o bem objeto da usucapião e dos confinantes – exceto quando o pedido tiver por objeto unidade autônoma de prédio em condomínio, quando a citação destes últimos é desnecessária (art. 246, § 3.º, CPC). Ademais, deve o autor requerer a publicação de edital, para a cientificação de eventuais interessados (art. 259, I, CPC), de modo que esses possam, se quiserem, intervir no feito.

Devem acompanhar a inicial os documentos indispensáveis à propositura da demanda, tradicionalmente apontados como sendo a planta do imóvel usucapiendo e a certidão do Registro de Imóveis referente ao bem.[14]

Recebida a inicial, o procedimento a ser empregado é o comum, inclusive com a designação, em regra, de audiência de autocomposição. Observe-se, nessa linha, que a previsão do procedimento extrajudicial de usucapião (art. 216-A, da Lei 6.015/73, introduzido pelo art. 1.071, do CPC de 2015) torna indiscutível a possibilidade de autocomposição em relação à matéria, de modo que a tentativa de emprego dessa forma de solução é perfeitamente compatível com o regime da usucapião.

Não havendo possibilidade de autocomposição, segue-se o momento da defesa dos réus. Recorde-se que a comunicação, por edital, a terceiros – para que possam intervir no feito, nos termos do art. 259, I, do CPC – é simples ato de ciência difusa e indeterminada. Por isso, evidentemente, a ausência desses terceiros no processo não implicará sua revelia, nem ensejará a participação de curador especial, já que não são propriamente réus da ação.

O CPC de 2015 não prevê mais a necessidade de intimação, no processo de usucapião, das Fazendas Públicas, para que manifestem eventual interesse na causa. Todavia, por analogia ao procedimento extrajudicial previsto para a usucapião (art. 216-A, § 3.º, da Lei 6.015/73), é evidente esta necessidade. De fato, nada justificaria que essa comunicação fosse obrigatória no procedimento extrajudicial, mas não no judicial. Logo, deve-se cientificar a União, o Estado e o Município da pretensão de usucapião oferecida, de modo que esses entes possam manifestar seu interesse na causa no prazo de quinze dias. Recorde-se, com efeito, que os bens públicos não são passíveis de usucapião, o que redobra a importância dessa comunicação.

Perante o CPC/73, era ainda obrigatória a intimação do Ministério Público para que pudesse intervir nos processos de usucapião. O Código de 2015 não repete a exigência anterior, de modo que se deve concluir que a intervenção do Ministério Público no processo judicial de usucapião está condicionada à existência de alguma das hipóteses que exigem sua presença[15] (art. 178, do CPC/2015). Não havendo nenhum desses casos presentes, não há mais sentido na intervenção do *Parquet* nesse tipo de processo.

Por fim, note-se que a sentença na usucapião tem carga preponderante declaratória. Sua função não é a de constituir o novo vínculo de direito real, senão apenas reconhecer que ele se formou, assim que cumpridos os requisitos legais. Assim o diz, expressamente, o art. 1.241 do CC, reconhecendo que o pleito formulado judicialmente é declaratório, e não constitutivo.

Assim, a eficácia do provimento judicial é *ex tunc*, razão pela qual mesmo aquele que já não possui a posse do bem pode pedir a usucapião (ao menos a comum).

Essa eficácia declaratória, todavia, somente opera efeitos perante aqueles sujeitos que participaram ou poderiam ter participado do feito. Não prejudica, assim, eventuais direitos de terceiros que não foram diretamente comunicados a atuar no processo (art. 506 do CPC). Por isso, eventual terceiro que se entenda titular de direito sobre a coisa e que não

tenha sido convocado a participar do processo – demonstrando ser insuficiente a convocação por edital, porque seu interesse era certo e também ele era determinado e poderia ser localizado – pode opor-se à sentença de usucapião, por meio de outra demanda, buscando a satisfação de seus direitos.

12.3.4. O procedimento da usucapião especial de imóveis rurais

Ao lado do regime padrão para a postulação da usucapião, subsiste no direito brasileiro um procedimento especial para esse fim, regido pela Lei 6.969/1981. Trata-se do pedido de usucapião especial de imóveis rurais.

O procedimento especial foi concebido na vigência do CPC/73, de modo que algumas das previsões ali contidas não têm mais sentido. Por isso, é necessário ter redobrada cautela na análise dessa figura. Assim, por exemplo, não há sentido em se imaginar que ao Ministério Público caiba a intervenção nesse processo para a "representação judicial da União", tal como afirma o art. 4º, § 1º, da mencionada lei. Do mesmo modo, embora a lei se refira ao emprego do "procedimento sumaríssimo" para esse feito (art. 5.º), sabe-se que essa figura não existe mais, de modo que ao procedimento se aplica o rito comum do código (art. 1.049, parágrafo único, do CPC), com as adaptações da lei.

Dito isso, pode-se passar à análise do procedimento delineado pela lei.

A petição inicial, aqui – tal como ocorre com qualquer outra inicial de usucapião – deve, além de demonstrar os argumentos que autorizariam essa específica forma de aquisição, descrever de modo individualizado o imóvel objeto da causa. Fica dispensada a juntada da planta do bem (art. 5º, § 1.º, da lei), sobretudo ante a dificuldade em ser ela elaborada.

O autor pode requerer a comprovação da posse antecedente – inclusive, se necessário, em audiência preliminar – obtendo com isso ordem liminar de manutenção. Note-se que essa liminar de manutenção se equipara à liminar possessória tradicional, de modo que sua outorga independe da demonstração dos requisitos típicos da antecipação de tutela, bastando a prova da existência prévia da posse.

Ademais, a par das citações de praxe, neste caso por expressa determinação legal, é obrigatória a cientificação, por carta, das Fazendas Públicas federal, estadual e municipal, para que possam manifestar interesse em intervir na causa, no prazo de quarenta e cinco dias (art. 5.º, § 3.º, da lei). Também é obrigatória a intervenção do Ministério Público (art. 5.º, § 5.º, da lei).

A lei prevê que o prazo da resposta do réu deve ser contado a partir da "intimação da decisão que declarar justificada a posse". Porém, a regra parece ter perdido seu sentido. Considerando que a esse procedimento é aplicável o rito comum, do CPC, e sendo certo que, neste diploma, o prazo para resposta só se inicia depois de frustrada a tentativa de autocomposição, parece que esta última regra prevalece sobre o art. 5.º, § 4.º, da Lei

6.969/81, de modo que o prazo de resposta, também neste procedimento, será contado na forma do Código e não da lei especial.

12.4. O requerimento extrajudicial de usucapião

O Código de Processo Civil de 2015 entendeu por autorizar, de modo generalizado, que a usucapião possa ser requerida de forma extrajudicial, diretamente ao oficial de registro de imóveis. A disciplina desse pedido extrajudicial de usucapião foi inserida, pelo CPC/2015, na Lei de Registros Públicos, através do art. 216-A.

Segundo estabelece o *caput* dessa regra, o interessado, desde que representado por advogado, pode requerer a usucapião diretamente ao cartório de registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel, instruindo seu pedido com "I – ata notarial lavrada pelo tabelião, atestando o tempo de posse do requerente e seus antecessores, conforme caso e suas circunstâncias; II – planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no respectivo conselho de fiscalização profissional, e pelos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes; III – certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente; IV – justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como o pagamento dos impostos e das taxas que incidirem sobre o imóvel".

Caso a planta apresentada (inc. II, do art. 216-A, acima transcrito) não contenha a assinatura de algum titular de direitos reais ou direitos registrados ou averbados na matrícula do bem usucapiendo ou na matrícula dos imóveis confinantes, deve o oficial do registro de imóveis notificar essa pessoa para que possa manifestar seu consentimento expresso com o pleito do interessado na usucapião. A manifestação deve dar-se em quinze dias, presumindo-se que o silêncio importa discordância (art. 216-A, § 2.º, da Lei 6.015/1973).

Do mesmo modo, deve o oficial do registro promover a cientificação da União, do Estado (ou Distrito Federal) e do Município, pessoalmente, para que possam, em quinze dias também, manifestar eventual interesse no caso (art. 216-A, § 3.º, da Lei 6.015/1973).

Finalmente, o oficial do registro de imóveis deve ainda promover a publicação de edital, em jornal de grande circulação (onde houver), para que possíveis interessados possam também manifestar seu interesse na questão, no prazo de quinze dias.

Não havendo qualquer oposição, e diante da concordância expressa dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do bem usucapiendo, estando em ordem a documentação apresentada e não havendo necessidade de qualquer esclarecimento, o oficial de registro de imóveis registrará a usucapião (art. 216-A, § 6.º, da Lei 6.015/1973). Do contrário, o pedido será negado, abrindo-se ao

interessado a via judicial para o requerimento de usucapião.

Note-se que somente quando haja *expressa* concordância de todos aqueles que possuem algum direito registrado na matrícula do imóvel e *não haja oposição de qualquer outra pessoa* é que pode o oficial proceder ao registro da usucapião. Do contrário, deve o oficial remeter os autos ao juízo competente da comarca da situação do imóvel, para a instauração da demanda judicial de usucapião, cabendo ao requerente reelaborar seu requerimento para adaptá-los aos requisitos da petição inicial (art. 216-A, § 10, da Lei 6.015/1973).

Ademais disso, no curso do procedimento de usucapião extrajudicial pode qualquer interessado suscitar o procedimento de dúvida, que se rege pelas regras da Lei de Registros Públicos.

1

Súmula 193 do STJ: "O direito de uso de linha telefônica pode ser adquirido por usucapião".

2

Súmula 340 do STF: "Desde a vigência do Código Civil [*a súmula ainda se refere ao Código Civil de 1916*], os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião".

3

Cf. Antonio Carlos Marcato, *Procedimentos especiais*, cit., p. 180.

4

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. XIII, p. 359.

5

"O usucapião pode ser arguido em defesa" (Súmula 237 do STF).

6

Embora o art. 14, mencionado, remeta ao emprego do rito "sumário" do código, tendo esse procedimento desaparecido, é de se aplicar a esse tipo de usucapião o rito comum do CPC/2015 (art. 1.049, parágrafo único).

7

Na falta de previsão específica a respeito, a usucapião de bens móveis e de terras indígenas valer-se-á do rito comum, nos termos do que prevê o art. 1.049, do CPC/2015.

8

Em relação à usucapião comum (extraordinária ou ordinária), sequer é necessário que o interessado demonstre a posse *atual* do bem, bastando que comprove que satisfez os requisitos suficientes para ensejar a aquisição do bem. É que, como a sentença de usucapião é meramente declaratória da propriedade – e não constitutiva –, uma vez verificada a concorrência dos requisitos suficientes para a usucapião, ela se dá, independente de declaração judicial, que só se presta para reconhecer de forma definitiva o novo estado da propriedade (art. 1.241 do CC).

9

Cf. Antonio Carlos Marcato, *Procedimentos especiais*, cit., p. 179.

10

O código excepciona a citação dos confinantes quando a usucapião tiver por objeto "unidade autônoma de prédio em condomínio" (art. 246, § 3.º, *in fine,* do CPC), mesmo porque, nesses casos, é perfeitamente determinável o imóvel objeto da demanda, o que jamais interferirá na propriedade de terceiros confinantes.

11

"A presença da União ou de qualquer de seus entes, na ação de usucapião especial, não afasta a competência do foro da situação do imóvel" (Súmula 11 do STJ). Sobre o tema, em doutrina, v. Fredie Didier Jr., Aspectos processuais do usucapião especial rural e urbano, *Procedimentos especiais*, p. 804-806.

12

Cf. Antonio Carlos Marcato, *Procedimentos especiais*, cit., p. 181.

13

"O possuidor deve ser citado, pessoalmente, para a ação de usucapião" (Súmula 263 do STF). "O confinante certo deve ser citado, pessoalmente, para a ação de usucapião" (Súmula 391 do STF). A citação dos réus, embora deva ser, em princípio, pessoal, pode também se socorrer da forma ficta, sempre que não se souber quem é o efetivo réu da demanda, ou onde ele possa ser localizado ou ainda se presente alguma outra hipótese descrita em lei (art. 256 do CPC). Nesse sentido, v. Clóvis do Couto e Silva, *Comentários…*, cit., p. 184.

14

Cf. Adroaldo Furtado Fabrício, *Comentários…*, cit., p. 504.

15

É o caso, por exemplo, da previsão contida no art. 12, § 1º, da Lei 10.257/01.

Parte III - Alguns Procedimentos Especiais Previstos em Legislação Extravagante

(Autores)

Luiz Guilherme Marinoni

Sérgio Cruz Arenhart

Daniel Mitidiero

1. Ação de despejo

1.1. Observações introdutórias

O contrato de locação de bens imóveis pode ser extinto por várias razões, a exemplo da infração contratual, do término do prazo do contrato ou da necessidade de recuperar o bem para uso próprio.

Se há motivo para essa extinção do contrato e o locatário deixa o imóvel de forma espontânea, tem-se o regular cumprimento das obrigações e o desfazimento do vínculo locatício. Pode, entretanto, suceder que o inquilino não pretenda deixar o imóvel, o que dará ensejo ao emprego da *ação de despejo* para, ao tempo em que o contrato de locação é desconstituído judicialmente, também se impõe ao réu o dever de sair do imóvel sob pena de evacuação forçada.

A função da ação de despejo, portanto, é dupla: rescinde (ou se resolve) o contrato locatício e se dirige à retomada do bem objeto da locação. Por isso, é possível o ajuizamento da medida mesmo que abandonado o imóvel pelo locatário. Se a intenção da ação é desfazer o vínculo contratual entre as partes, o abandono apenas do imóvel não é segurança para o proprietário de que aquele não pretenderá, futuramente, valer-se do contrato para demandar contra ele. Por isso, pode-se empregar a ação de despejo para assegurar-se do desfazimento da relação contratual, a fim de retomar legitimamente o imóvel.[1]

A regulação da ação de despejo se dá pela Lei de Locações (Lei 8.245/1991). Essa lei,

porém, não se aplica para certas modalidades de locação (os casos estão apontados pelo art. 1.º, da referida Lei), que são tratadas por legislação própria. Assim, não são regidos pelas disposições dessa lei – e, portanto, pelo regime da ação de despejo – as locações de imóveis rurais; as locações de imóveis públicos (pertencentes ao Poder Público em seus três níveis, bem como às suas autarquias e fundações públicas); as locações de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos; as locações de espaços destinados à publicidade; as locações de "apart-hotéis", hotéis-residência ou equiparados; e o arrendamento mercantil de bens móveis ou imóveis.

O sistema da Lei de Locações inclui, basicamente, três espécies de contrato:[2]

a) locações residenciais. Como o próprio nome indica, essas locações destinam-se à cessão do imóvel para que sirva de morada a alguém. Essa forma de locação admite três modalidades básicas: por prazo determinado (igual ou superior a trinta meses); por prazo determinado inferior a trinta meses; e por prazo indeterminado. A primeira modalidade (prazo determinado igual ou superior a trinta meses), desde que contratada por escrito, gera o direito de retomada do imóvel, independentemente de motivação, uma vez findo o prazo da locação. Ademais, não existe causa para a prorrogação compulsória do contrato para além do prazo fixado, de onde decorre o direito à "denúncia vazia", ou seja, o direito de retomada do bem, sem qualquer necessidade de explicitar motivo específico, depois do término do prazo contratual, em caso de prorrogação tácita da locação. Já as locações por prazo indeterminado ou por prazo inferior a trinta meses impõem a prorrogação legal compulsória do contrato, após o vencimento, se não houver sua denúncia; somente autorizam a retomada *motivada* do bem, e apenas nos casos apontados em lei (art. 9.º, e art. 47, II a V, da LL); e, além disso, somente é autorizada a denúncia vazia após cinco anos de vigência do contrato (art. 47, V, da LL);

b) as locações não residenciais. São aquelas que não se destinam à moradia, mas a outros fins, inclusive comerciais. Em regra, não se sujeitam à prorrogação compulsória do contrato, permitindo denúncia vazia, desde que o contrato seja por prazo indeterminado e tenha havido a prévia notificação com trinta dias de antecedência. Autorizam o direito à renovação da locação (por meio da competente ação renovatória – arts. 71 e ss., da LL) quando o imóvel se destinar ao comércio, à indústria ou a sociedades civis com fins lucrativos. Não permitem denúncia vazia quando o imóvel se prestar à locação de hospitais, asilos, estabelecimentos de saúde ou de ensino e para entidades religiosas, prorrogando-se automaticamente o prazo do contrato por tempo indeterminado e somente sendo autorizada a retomada do bem pelos motivos enumerados nos arts. 9.º e 53, da LL;

c) as locações especiais. Estas são aquelas em que o imóvel se presta à locação para temporada. Têm prazo máximo de noventa dias, devendo o pedido de despejo ser promovido em, no máximo, trinta dias da conclusão do contrato (art. 59, § 1.º, III, da LL). Superado esse prazo, tem-se como prorrogada a locação, na forma comum, por tempo indeterminado.

As linhas traçadas de forma genérica permitem ter noção superficial a respeito das diretrizes fundamentais da lei de locações. Como se vê, há nítida distinção no trato de cada forma de locação, tendo em vista a função social da propriedade e as particularidades de cada espécie de contrato. A ação de despejo, como se verá adiante, respeita e se conforma a essas peculiaridades.

1.2. A ação de despejo

A ação de despejo segue, subsidiariamente, o rito comum, adequado, porém, às peculiaridades postas na Lei de Locações.

Embora o tema tenha perdido muito da sua relevância em razão da abolição das férias forenses pela EC 45/2004 (art. 93, XII, da CF), a ação de despejo jamais se suspende durante esse período (art. 58, I, da LL). Pode-se, porém, cogitar de algum problema decorrente de possível conflito entre essa regra especial e o comando do art. 220, do CPC, que impõe a suspensão dos prazos processuais entre 20 de dezembro e 20 de janeiro. Embora a Lei de Locações seja diploma especial – e que em princípio prevalece sobre a regra geral – note-se que o art. 220, do CPC, não trata propriamente de "férias forenses". Por isso, não há antinomia entre as regras, incidindo o art. 220, do CPC, também aos processos de despejo.

1.2.1. Competência

A ação de despejo deve ser ajuizada no foro da situação da coisa, não se aplicando aqui as regras gerais do CPC (art. 58, II, da LL). Admite-se, porém, a eleição de foro, prevista no próprio contrato de locação.

A competência, portanto, é relativa, permitindo que a demanda seja proposta em outro local. Em caso de incompetência, toca ao requerido promover a exceção de incompetência, para fazer prevalecer ou a regra da lei própria, ou o foro escolhido no contrato.

Em se tratando de ação de despejo para uso próprio, independentemente do valor da locação, a demanda pode ser ajuizada perante os Juizados Especiais, conforme prevê o art. 3.º, III, da Lei 9.099/1995.

1.2.2. Legitimidade

Pode propor a ação de despejo o locador do imóvel, ainda que não seja o seu proprietário. Por isso, por exemplo, o locatário, que tenha sublocado parte do bem a terceiro, tem legitimidade para ajuizar a ação contra esse subinquilino. Por outro lado, aquele que detenha a propriedade do bem, sem os demais poderes dela decorrentes (o nu-proprietário), não pode ajuizar a ação de despejo.

Em casos excepcionais, porém, somente o proprietário (ou promitente-comprador ou

promitente-cessionário) do imóvel tem a legitimidade ativa para a ação de despejo (art. 60 da LL). Isso ocorre nos casos de ação de despejo fundadas na necessidade de realização de obras urgentes ordenadas pelo Poder Público, que não possam ser realizadas com a permanência do locatário no bem, ou quando este não consinta com a reforma (art. 9.º, IV, da LL); ou quando se pretenda realizar a demolição ou edificação licenciada ou obras aprovadas pelo Poder Público que aumentem a área construída em, no mínimo, vinte por cento, ou cinquenta por cento quando o imóvel se prestar à exploração de hotel ou pensão (art. 47, IV, da LL); ou ainda quando o interessado pretenda, em imóvel locado para hospital, unidade sanitária oficial, asilo, estabelecimento de saúde ou de ensino autorizado e fiscalizado pelo Poder Público ou ainda entidade religiosa devidamente registrada, demoli-lo, edificá-lo ou realizar reforma que importe em aumento mínimo de cinquenta por cento da área útil (art. 53, II, da LL).

No polo passivo da demanda figurará o inquilino que haja firmado o contrato de locação. Se ambos os cônjuges tiverem assinado o contrato, contra eles deverá dirigir-se a demanda.

É importante frisar que a ação de despejo – embora busque a restituição de bem imóvel – *não é ação fundada em direito real*, mas em direito pessoal. A ação é real, mas não fundada em direito real. Sua *ratio essendi* é o contrato de locação, de modo que a ação se funda em direito pessoal. Por isso, em princípio, não se aplica aqui o regime de litisconsórcio necessário, estabelecido no art. 73, do CPC, não havendo a necessidade de citar-se o cônjuge do demandado, se ele não participou do contrato de locação.

Quando a ação de despejo se fundar em não pagamento de aluguéis, e o contrato tiver fiador, é importante que este também seja demandado no processo, para que a execução possa voltar-se contra ele. Se o fiador não for citado, no processo de despejo, a execução dos aluguéis devidos só poderá ser feita contra o réu, não podendo incidir sobre o patrimônio do garante.[3] Para que ele também se sujeite à execução, será necessário ajuizar nova demanda – agora de cobrança – a fim de impor-lhe também a condenação pelos valores devidos e por ele garantidos.

As intervenções de terceiros são admitidas no processo de despejo, desde que satisfeitos os requisitos postos na legislação processual comum. A assistência dos sublocatários é sempre autorizada, sendo, aliás, exigido que se dê àqueles, desde que devidamente formalizados, ciência prévia do ajuizamento da ação, para que possam, em entendendo adequado, intervir como assistentes (art. 59, § 2.º, da LL).

1.2.3. Procedimento

A ação de despejo inicia-se por petição inicial, que deve cumprir os requisitos enumerados nos arts. 319 e 320 do CPC. O valor da causa será a soma de doze meses do valor do aluguel, ou, no caso de retomada de imóvel locado em razão de contrato de trabalho, o correspondente a três salários vigentes na época da propositura da demanda

(art. 58, III, da LL).

Embora não se trate de uma ação fundada em direito real, a inicial deverá ser instruída com prova da propriedade do imóvel ou do compromisso registrado (art. 60 da LL) sempre que a ação se fundar na intenção de realizar obras urgentes ordenadas pelo Poder Público, que não possam ser realizadas com a permanência do locatário no bem, ou quando este não consinta com a reforma (art. 9.º, IV, da LL); ou quando se pretenda realizar a demolição ou edificação licenciada ou obras aprovadas pelo Poder Público que aumentem a área construída em no mínimo vinte por cento, ou cinquenta por cento quando o imóvel se prestar à exploração de hotel ou pensão (art. 47, IV, da LL); ou ainda quando o interessado pretenda, em imóvel locado para hospital, unidade sanitária oficial, asilo, estabelecimento de saúde ou de ensino autorizado e fiscalizado pelo Poder Público ou ainda entidade religiosa devidamente registrada, demoli-lo, edificá-lo ou realizar reforma que importe em aumento mínimo de cinquenta por cento da área útil (art. 53, II, da LL).

As comunicações aos réus (citações, intimações e notificações), quando autorizado no contrato, poderão ser feitas, a par do regime geral do Código de Processo Civil, por correspondência com aviso de recebimento ou, em se tratando de pessoa jurídica, por telex ou *fac-símile* (art. 58, IV, da LL).

1.2.3.1. A liminar em ação de despejo

A ação de despejo autoriza a concessão de liminar antecipatória, visando à imediata desocupação do imóvel no prazo de quinze dias, independentemente da audiência da parte contrária (art. 59, § 1.º, da LL).

A Lei de Locações foi editada em 1991, época em que o sistema brasileiro ainda não conhecia de forma generalizada a antecipação de tutela. Por isso, naquele momento, considerava-se extremo avanço a possibilidade de imediata realização do despejo, *initio litis*, sem que se tivesse completado o contraditório e a instrução da causa.

Por outro lado, se na época isso era um grande avanço, é de se ver que, no estágio das pesquisas sobre o tema então vigentes, entendeu-se necessário cercar-se a possibilidade de antecipação de tutela de várias garantias, por se considerar a medida, então, como algo extremamente excepcional.

Por isso, exige a lei, inicialmente, a prestação de caução, no valor equivalente a três meses de aluguel, como condição indispensável para a outorga da proteção liminar (art. 59, § 1.º, da LL). Ademais, exige-se que a ação de despejo esteja fundada, exclusivamente: *a)* no descumprimento de mútuo acordo celebrado por escrito e assinado pelas partes e por duas testemunhas, no qual se tenha ajustado prazo mínimo de seis meses para a desocupação voluntária do imóvel; *b)* na retomada de bem alugado em virtude de contrato de trabalho, desde que haja prova escrita da rescisão do contrato de trabalho ou que ela possa ser demonstrada em audiência prévia; *c)* na recuperação de

bem alugado para temporada, desde que a ação tenha sido ajuizada no prazo de trinta dias a contar do vencimento do contrato; *d)* na morte do locatário, sem deixar legítimo sucessor na locação, permanecendo no imóvel pessoa não autorizada; *e)* na permanência de sublocatário no imóvel, estando extinta a locação celebrada com o locatário; *f)* na necessidade de realização de reparos urgentes no imóvel, impostas pelo Poder Público, que não possam ser realizadas com a permanência do locatário ou, podendo, se este recusar-se a consenti-las; *g)* no término do prazo notificatório de trinta dias (art. 40, parágrafo único, da LL), sem apresentação de nova garantia apta a manter a segurança inaugural do contrato; *h)* no fim do prazo notificatório, sem apresentação de nova garantia idônea a manter a segurança inicial do contrato de locação com garantia; *i)* no término do prazo da locação não residencial, tendo sido proposta a ação em até trinta dias do termo ou do cumprimento da notificação que comunica a intenção da retomada; *j)* na falta do pagamento de aluguel ou acessório da locação no vencimento, estando o contrato desprovido de qualquer garantia (art. 37, da LL), por não ter sido contratada ou em caso de extinção ou pedido de exoneração dela, independentemente do motivo.[4]-[5]

Parece evidente que as garantias com que se cerca a Lei de Locações para permitir a tutela provisória (especialmente a de urgência) não têm mais sentido no direito atual. O regime francamente mais simples e mais amplo do Código de Processo Civil (arts. 294 e ss., do CPC) merece ser aplicado também ao regime do despejo, não havendo o que justifique sua exclusão. Note-se que interesses bem menos nobres do que os do proprietário podem ser tutelados, na via ordinária, pela antecipação de tutela, não havendo sentido em oferecer-se tratamento menos eficiente e adequado à locação.

Por isso, parece que a inserção, no regime geral do Código, da antecipação de tutela como instrumento utilizável para qualquer espécie de procedimento, merece também ter aplicação à ação de despejo, não havendo o que legitime a interpretação restritiva do art. 59, § 1.º, da LL.

A interpretação que se mostra adequada do dispositivo em exame, então, deve ser aquela que toma os casos enumerados no preceito como hipóteses em que há *prefixação legal da existência do direito à tutela provisória satisfativa*. Vale dizer que, nos casos enumerados no texto legal em questão, a concessão da antecipação de tutela não se sujeita aos requisitos gerais do art. 300 do CPC. Bastará ao interessado a demonstração da satisfação dos requisitos enunciados no art. 59, § 1.º, da LL, para que ele tenha direito à tutela provisória. Afora esses casos, porém, sempre será viável a concessão da tutela provisória "genérica", cujos requisitos estão previstos nos arts. 300 e 311, do CPC – em todas as suas modalidades, seja a fundada em risco de prejuízo, seja a baseada em abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório, seja ainda aquela baseada nos demais casos de pedido evidente –, desde que o interessado demonstre a satisfação dos pressupostos respectivos.[6]

1.2.3.2. A resposta do réu em ação de despejo

A ação de despejo admite qualquer espécie de resposta, seja a contestação, seja a reconvenção.[7] Do mesmo modo, a ausência de contestação pelo réu implicará a revelia, com as suas consequências regulares.

Por outro lado, em se tratando de ação de despejo fundada em denúncia vazia de contrato de locação residencial por prazo indeterminado, ou baseada em pedido para uso próprio (art. 47, III) ou para demolição, edificação licenciada ou realização de obras aprovadas pelo Poder Público que aumentem a área construída – em no mínimo vinte por cento ou, no caso de locação para hotel ou pensão, em cinquenta por cento –, poderá o réu, concordando com a desocupação, beneficiar-se, recebendo prazo maior para a desocupação voluntária do bem. Há aí caso especial de reconhecimento do pedido, que importa benefícios ao réu que usa dessa faculdade. Como prevê o art. 61, da LL, nesses casos, havendo a concordância do réu com a desocupação do bem, o juiz, ao tempo em que acolhe a pretensão do autor, fixará prazo de *seis meses* para a saída voluntária do réu, contados da citação, atribuindo ao réu ainda a responsabilidade pelas custas e pelos honorários advocatícios (de vinte por cento) do patrono do autor. Ocorrida a desocupação no prazo indicado, o réu ficará isento desse ônus.

Tem-se aí modalidade de *sanção premiativa*, que visa a estimular o réu à conduta, oferecendo-lhe uma vantagem – e não lhe ameaçando com um prejuízo. De todo modo, não cumprida a decisão, será expedido mandado de despejo.

Obviamente, nada impede que se acorde entre as partes outro regime para a desocupação do bem – em prazo maior ou em outras condições –, caso em que, porém, não será aplicável o preceito em exame, mas sim o regime da transação, contemplada pelo direito processual comum.

1.2.3.3. O despejo por falta de pagamento de aluguéis

Modalidade especial de ação de despejo é aquela que se funda na falta de pagamento dos aluguéis e acessórios da locação, dos aluguéis provisórios, de diferenças de aluguéis ou ainda de quaisquer acessórios da locação (art. 62, da LL). Porque o interesse dominante nessa demanda é o recebimento dos valores devidos, a lei permite ao autor a cumulação de pedidos no processo, admitindo que se apresente, ao lado do pedido de despejo, o de cobrança do montante devido.

Trata-se de forma especial de cumulação, já que, aqui, embora haja cumulação de pedidos que, em princípio, não se sujeitam ao mesmo rito processual, não há a incidência do previsto no art. 327, § 2.º, do CPC, que determina que, nesse caso, o procedimento a ser adotado para todo o feito será, em regra, o comum. No caso particular do despejo cumulado com pedido de cobrança de aluguéis, embora cumulados pedidos com ritos distintos, mantém-se seguindo o rito especial, previsto pela Lei de Locações, somente subsidiariamente sendo aplicável o previsto para o procedimento comum.

De todo modo, a cumulação em questão é meramente *facultativa*, nada havendo que a imponha. Por isso, pode o autor, que não pretenda recuperar o valor devido no mesmo processo do despejo, requerer apenas uma das providências. Nada impede, outrossim, que se apresente cumulação dessas demandas com outros pedidos de despejo, fundados em outras causas de pedir. Assim, é possível ainda que se pretenda, ao lado do despejo por falta de pagamento de aluguéis (cumulado ou não com o pedido de cobrança desses valores), despejo por infração contratual ou por qualquer outra causa admissível.

Em havendo pedido de cobrança de valores (aluguel e/ou acessórios), deverá acompanhar a inicial memória de cálculo discriminando o valor do débito. Ademais, a ação pode, neste caso, ser proposta contra o locatário e os fiadores do contrato, sendo evidente que, quanto a estes, somente estão sujeitos à ação de cobrança – não figurando, por óbvio, como réus da ação rescisória do contrato de locação, do qual, aliás, jamais fizeram parte (art. 62, inc. I, da LL).

Essa hipótese de despejo, de outro lado, impõe variações no procedimento, visando dar o máximo de efetividade à pretensão exposta pelo autor, ou seja, concentra-se esforços para obter o pagamento do valor devido – mais do que no despejo do réu –, já que esse é, no mais das vezes, o grande interesse do locador.

Por isso, a lei admite a *purgação da mora* como causa impeditiva do despejo. Vale dizer que, se o réu se prontificar a saldar a dívida existente, não mais haverá razão para decretar-se-lhe o despejo.

A fim de possibilitar esse direito, a lei exige, como acima observado, que a petição inicial traga cálculo discriminado do débito. Citado, o réu poderá, no prazo de 15 (quinze) dias, requerer o pagamento do valor devido atualizado (independentemente de novo cálculo), depositando judicialmente a importância solicitada, aí incluídos (art. 62, II, da LL) os aluguéis e acessórios vencidos até o efetivo pagamento, as multas ou penalidades contratuais eventualmente incidentes, os juros de mora, as custas e os honorários advocatícios (fixados em dez por cento sobre o valor da causa, salvo disposição em contrário no contrato). Esses honorários são devidos mesmo nos casos em que o requerido é beneficiário de assistência judiciária gratuita, já que a hipótese, na realidade, trata de ressarcimento ao locador das despesas que teve para reaver o valor a ele devido; trata-se, portanto, de indenização civil e não, rigorosamente, processual.[8]

Como acima visto, o prazo para o exercício desse direito é de quinze dias, em regra.[9] Esse prazo, porém, deve ser contado em dobro, se o réu é beneficiário de assistência judiciária gratuita, devendo haver intimação *pessoal* do defensor público, para que inicie o cômputo do interregno legal.[10] Do depósito realizado será intimado o autor, que poderá concordar com o valor apresentado ou impugná-lo. Havendo irresignação justificada do locador, será o locatário intimado (pessoalmente ou por meio do seu advogado, por carta ou publicação no órgão oficial, a requerimento do locador) para complementar o valor do depósito, em 10 (dez) dias. Se não for realizada a complementação, o pedido de despejo

seguirá pela diferença pretendida, podendo o autor levantar a parte já depositada, que é incontroversa no processo (art. 62, IV, da LL).

O depósito da importância pleiteada corresponde, ao menos em parte, ao reconhecimento de que havia, efetivamente, mora do réu. Embora se possa discutir o valor devido, não pode mais haver dúvida de que o réu realmente deixou de cumprir o pagamento dos aluguéis. Por isso, embora se admita o oferecimento de resposta juntamente com o depósito dos valores questionados, é certo que a contestação não poderá mais negar a existência da dívida, já que a conduta do réu é incompatível com essa negativa. Poderá ser objeto de contestação, todavia, qualquer outra defesa admissível, a exemplo de questões processuais ou do valor pretendido pelo autor.

Seguindo a linha do que prescreve o Código de Processo Civil (art. 323), a Lei de Locações também prevê que serão objeto desta ação de despejo as parcelas que vierem a vencer no curso da demanda. Por isso, também estas prestações deverão ser depositadas judicialmente, nos seus vencimentos, podendo o locador levantar essas importâncias, desde que sobre elas não exista controvérsia.

Em caso de procedência de ambos os pedidos (despejo e cobrança de aluguéis), a efetivação de cada um dos comandos contidos na sentença pode dar-se de forma independente. Por isso, a efetivação da cobrança de aluguéis pode ocorrer independentemente da realização da desocupação do imóvel.

Finalmente, cumpre salientar o contido no art. 62, parágrafo único da LL. Segundo o preceito, “não se admitirá a emenda da mora se o locatário já houver utilizado essa faculdade nos 24 (vinte e quatro) meses imediatamente anteriores à propositura da ação”. A regra tem a salutar intenção de não estimular o inadimplemento, nem beneficiar o devedor contumaz. Com isso, beneficia-se apenas aquele que, por motivo eventual, não pode realizar o pagamento do aluguel, mantendo-o no imóvel. Quanto ao devedor renitente, este não será atingido pela faculdade da purgação da mora, merecendo de fato ser despejado do bem ocupado.

1.2.4. Sentença, efetivação e recursos

A sentença concessiva do despejo é, em princípio, executiva. Por isso, determinado o despejo, pode o Estado realizá-lo automaticamente, independentemente de nova provocação do autor.

Para tanto, a Lei de Locações prevê (art. 63) que, julgada procedente a pretensão ao despejo, deve o magistrado conceder prazo para a desocupação voluntária do imóvel, intimando-se pessoalmente o réu. Esse prazo será, em regra, de *trinta* dias, podendo, porém, ser outro se existirem na causa algumas circunstâncias especiais. Assim, a lei fixa o prazo em quinze dias se: *a)* entre a citação e a sentença de primeiro grau se passarem mais do que quatro meses; ou *b)* se o fundamento do despejo for a existência de mútuo

acordo, a caracterização de infração contratual ou legal, a falta de pagamento de aluguéis e acessórios ou a denúncia vazia em caso de contrato de locação residencial prorrogado tacitamente após o vencimento do seu prazo. Em se tratando de despejo de instituição de ensino, o prazo para a desocupação voluntária será fixado pelo juiz de modo a coincidir com o período de férias escolares, entre o mínimo de seis meses e o máximo de um ano (art. 63, § 2.º, da LL). Finalmente, para o caso de hospitais, repartições públicas, unidades sanitárias oficiais, asilos, estabelecimentos de saúde e de ensino, bem como entidades religiosas devidamente registradas, sempre que o despejo se dê para a realização de obras urgentes (art. 9.º, IV, da LL) ou para fins de demolição, edificação licenciada ou reforma (art. 53, II, da LL), o prazo será de um ano – reduzido para seis meses se entre a citação e a sentença se tiver demora maior que um ano (art. 63, § 3.º, da LL).

Terminado o prazo em questão, se o réu ainda permanecer no imóvel, a desocupação será feita *ex officio*, se necessário com o apoio de força policial. Não se realizará a medida, porém, até o trigésimo dia seguinte ao falecimento do cônjuge, ascendente, descendente ou irmão de qualquer das pessoas que habitem o imóvel (art. 65, § 2.º, da LL).

Os recursos, em processo de despejo, têm apenas efeito devolutivo (art. 58, V, da LL). Por isso, a efetivação do despejo não carece do trânsito em julgado da sentença, podendo ser realizada imediatamente.

Todavia, estabelece a lei certas garantias para a efetivação provisória da sentença, impondo a necessidade de uma caução, em valor não inferior a seis meses, nem superior a doze meses de aluguel, atualizado até a data do depósito da caução (art. 64, da LL). Essa caução pode ser real ou fidejussória e deve ser imposta na sentença e prestada nos próprios autos, revertendo em favor do réu – sem prejuízo da apuração, em ação própria, de outros danos por ele experimentados com a desocupação antecipada do bem – como indenização mínima. A caução em questão, outrossim, não é exigível quando o fundamento do despejo for o descumprimento de acordo para a desocupação voluntária do bem, a infração de obrigação legal ou contratual ou a necessidade de reparos urgentes.

A jurisprudência tem entendido como *numerus clausus* as situações em que está dispensada a prestação de caução para a efetivação provisória do pedido de despejo.[11] Apesar disso, as regras do Código de Processo Civil a respeito do regime das cauções em tema de “execução” provisória, especialmente porque são mais recentes do que a lei de locações, merecem ser transportadas para cá, a fim de não gerar sistema processual desarmônico. Por isso, é de se dispensar a caução, também, nas hipóteses do art. 521, do CPC, quando aplicáveis, ou seja, se o autor demonstrar que a efetivação da sentença satisfaz obrigação de natureza alimentar; se o autor demonstrar situação de necessidade; se estiver pendente apenas o agravo a que se refere o art. 1.042; ou se a sentença estiver em harmonia com súmula do STF ou do STJ ou ainda em conformidade com acórdão proferido em julgamendo de casos repetitivos.

[1]

Nesse sentido, v. STJ, REsp 588.718/CE, 5.ª T., rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJU* 29.05.2006, p. 286.

[2]

V., por todos, ORLANDO GOMES, *Contratos*, p. 288-289.

[3]

"O fiador que não integrou a relação processual na ação de despejo não responde pela execução do julgado" (Súmula 268, do STJ).

[4]

As hipóteses apontadas nas letras *f* e ss., foram incluídas na Lei de Locações pela Lei 12.112/2009.

[5]

No último dos casos descrito (falta do pagamento de aluguéis e acessórios), pode o locatário evitar a rescisão do contrato de locação e o despejo se, no prazo de 15 (quinze) dias previsto para a desocupação voluntária do imóvel, realizar depósito judicial que abarque a totalidade dos valores devidos (art. 59, § 3.º, incluído pela Lei 12.112/2009).

[6]

Nesse sentido, v. STJ, REsp 702.205/SP, 5.ª T., rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJU* 09.10.2006, p. 346.

[7]

V.g., STJ, REsp 208.492/DF, 4.ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJU* 03.09.2001, p. 226.

[8]

Assim, STJ, REsp 143.797/RJ, 6.ª T., rel. Min. Hamilton Carvalhido, *DJU* 12.02.2001, p. 146.

[9]

"Em caso de obstáculo judicial, admite-se a purga da mora, pelo locatário, além do prazo legal" (Súmula 173, do STF).

[10]

STJ, REsp 129.465/SP, 5.ª T., rel. Min. Edson Vidigal, *DJU* 25.02.1998, p. 100; STJ, REsp 103.478/SP, 5.ª T., rel. Min. Edson Vidigal, *DJU* 02.02.1998, p. 124; STJ, AgRg no REsp 769.126/RJ, 6.ª T., rel. Min. Hamilton Carvalhido, *DJe* 01.09.2008; STJ, REsp 200.623/RJ, 6.ª T., rel. Min. Vicente Leal, *DJU* 04.06.2001, p. 263.

[11]

Nesse sentido, v. STJ, REsp 753.460/RJ, 5.ª T., rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJU* 05.12.2005, p. 375; STJ, REsp 613.203/RJ, 6.ª T., rel. Min. Paulo Medina, *DJU* 26.04.2004, p. 224.

Caso

Josefo é locatário de um imóvel residencial pertencente a Flávio. O contrato de locação foi firmado em pode meio de instrumento escrito e com prazo de 36 meses. Como garantia foi apresentado um fiador. Findo o prazo, nenhuma das partes se manifestou quanto à sua renovação ou não. Josefo continuou residindo normalmente no imóvel.

Após doze meses, Josefo recebeu uma notificação, exigindo sua saída do imóvel no prazo de 30 dias. Contrariado, ele considera a notificação um desrespeito, pois sempre pagou os aluguéis e tributos em dia e cuidou do bem como se fosse seu. Sentindo-se injustiçado, Josefo decide permanecer no imóvel, pois não lhe parece certo ter de sair do bem desmotivadamente.

Flávio ajuíza então ação de despejo, pedindo a imediata desocupação do bem. Ao ser citado, Josefo, com o intuito de prejudicar seu adversário, decide parar de pagar os aluguéis e tributos.

Nessa situação, responda:

a) É possível a Flávio retomar o imóvel da maneira descrita?

b) O juiz pode conceder tutela antecipada a Flávio?

c) Tendo em vista que Josefo não pagou os aluguéis após a propositura da ação, pode Flávio emendar a inicial para incluir o pedido de pagamento em cumulação com o pedido de despejo?

d) É possível que Josefo obtenha prazo maior para a desocupação do imóvel?

2. Ação discriminatória

2.1. Introdução

A ação discriminatória é ação específica, designada pela lei para separar e titular terras públicas, chamadas de terras devolutas, do patrimônio imóvel particular.

Poderá alguém questionar a utilidade desta ação, haja vista a prevalência do interesse público e o caráter constitucional – e, portanto, absoluto e originário – da forma de aquisição da propriedade pública. Todavia, conforme se verá adiante, justifica-se plenamente a demanda em tela, à medida que se conhece a evolução histórica da administração da propriedade imóvel no Brasil e a dificuldade que se tem, hoje, em determinar, em caráter remanescente, o caráter público ou privado de algumas porções de terra do Território nacional.

Indubitavelmente, a manutenção do interesse no estudo da ação discriminatória decorre mais da inoperância do Poder Público em efetivar, de uma vez por todas, a verificação de seu patrimônio, do que por qualquer outro motivo. Com efeito, a previsão nas leis processuais desta ação tinha função, em seu início, nitidamente provisória, considerando que, uma vez especificados os limites do patrimônio público brasileiro (tanto federal, como estadual) perderia qualquer função este mecanismo de tutela, estando exaurido o seu objetivo. Entretanto, considerando que vastas parcelas do território nacional ainda não têm definida sua titularidade (se pública ou privada) – o que, diga-se, acaba por tornar-se objeto de infindáveis discussões no Judiciário brasileiro, de quase impossível solução, no intuito de remontar ao passado para apurar de eventual outorga do patrimônio, do domínio público ao particular, o que legitimaria títulos hoje existentes e contestados pelo Poder Público – permanece o interesse no estudo desta ação que, ademais, apresenta curiosas previsões e ímpares particularidades.

2.2. Terras devolutas

A finalidade da ação discriminatória é segregar as terras devolutas do patrimônio particular. Por isso, no intuito de bem compreender o objeto a que se destina a presente ação, importa examinar rapidamente esta porção do domínio público, em especial traçando sua origem e finalidade dentro do direito brasileiro.

A inteligência do que sejam as terras devolutas exige que se analise, ainda que de modo breve, a forma pela qual se deu a distribuição de terras no território nacional, na evolução da história brasileira.

É sabido que, com a descoberta do Brasil, todas as terras nacionais passaram a pertencer ao domínio público de Portugal que, no intuito de povoar a nova colônia, dividiu-a

em capitanias hereditárias, distribuídas entre pessoas influentes do reino. Estas pessoas podiam, por sua vez, distribuir sesmarias (sob forma de enfiteuse) a quem tivesse interesse em cultivá-las. Note-se que as terras permaneciam públicas – em situação de propriedade particular resolúvel, na medida em que, caso estes colonizadores descumprissem os objetivos da concessão, veriam revertidas ao patrimônio público (*comisso*) tais glebas. A divisão e a distribuição da posse destas áreas tinha a finalidade exclusiva de permitir a dominação da costa e repelir a invasão do território por estrangeiros.[1]

Cessada, posteriormente, a possibilidade de concessão de sesmarias, iniciou-se outro regime de ocupação por particulares das áreas nacionais, destinado, especificamente, a fixar o povo no território. A forma desorganizada, porém, com que se deu esta ocupação fez com que se mostrasse necessária, já na época do Império, a edição da primeira lei fundiária brasileira (Lei 601, de 18.09.1850, especificada pelo Regulamento 1.318, de 30.01.1854). Por esta lei, buscava-se regularizar e legitimar a ocupação e titulação das terras rurais, interessando, para os fins deste estudo, a previsão do art. 1.º da aludida legislação, que proibia a concessão gratuita de terras públicas, salvo nas fronteiras do Império, em limite de dez léguas, no qual seria admissível a doação gratuita de área, visando ao povoamento da região. A partir daí é que surge o primeiro esboço de uma definição do que se deva entender por *terras devolutas*. Estas eram, então, as áreas de terra não outorgadas legitimamente a nenhum particular, nem utilizadas pelo Estado para algum fim público, nem retomadas de particulares em função da superveniência do comisso.[2]

Neste sentido, estabelecia o art. 3.º, da mencionada Lei, que “são terras devolutas: § 1.º As que não se acharem aplicadas a algum uso público nacional, provincial ou municipal. § 2.º As que não se acham no domínio particular por qualquer título legítimo, nem forem havidas por sesmarias ou outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em comisso por falta de cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura. § 3.º As que não se acham dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em comisso, forem revalidadas por esta Lei. § 4.º As que não se acham ocupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em título legal, forem legitimadas por esta Lei”.

É de se sublinhar, a partir daí, uma característica até hoje presente na noção das terras devolutas, que é seu caráter residual. Apenas são devolutas as terras não pertencentes ao domínio particular, nem atribuídas pelo Poder Estatal a algum objetivo público (como bem de uso comum do povo ou de uso restrito). Cumpre ressalvar, entretanto, que estas terras não se confundem com a concepção da *res nullius*; é dizer que o abandono verificado sobre certa área não a transforma em terra devoluta, sendo necessário para tanto que seja ela de propriedade pública.[3]

A Constituição Federal de 1891 trouxe importante inovação no tema aqui examinado ao repassar, em seu art. 64, as terras devolutas à titularidade dos Estados, mantendo em

mãos da União, exclusivamente, as áreas indispensáveis à defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais. A partir de então, é possível ver que existem terras devolutas de propriedade da União e outras, cujo domínio é atribuído aos Estados; além disso, os Estados também puderam, após isto, repassar tais bens ao domínio dos Municípios, permitindo assim enquadrar nesta categoria bens pertencentes às três esferas de poder do Estado brasileiro. Desta parcela reservada aos Estados, porém, retirou a Constituição Federal atual parcela considerável, ao prever, em seu art. 20, II, como sendo também terras devolutas de domínio federal (além das anteriormente enumeradas), as vias federais de comunicação e, em especial, aquelas indispensáveis à preservação ambiental, conforme definição reservada à lei.

Tendo em conta estas considerações, é possível definir as terras devolutas como sendo "aquelas que não estão destinadas a qualquer uso público nem incorporadas ao domínio privado".[4] São áreas classificadas como *bens dominicais*, porquanto desvinculadas de qualquer finalidade pública. Por isso mesmo, são incluídos dentre a propriedade disponível do Estado. É, de toda sorte, irrelevante a existência de prévio reconhecimento (judicial ou administrativo) da porção do Território nacional qualificado como terras devolutas. Estas áreas são públicas pela simples determinação constitucional, sendo meramente declaratório o reconhecimento levado a cabo por processo judicial ou administrativo.

2.3. Discriminação das terras devolutas

Tendo por base as considerações anteriormente expendidas, fica fácil entender a finalidade da ação discriminatória. Porque não é evidente nem pronta a identificação das áreas que se encaixam no conceito residual de terras devolutas, é necessário prever um procedimento legal para o fim de determinar e titular as faixas de terra que se encontram nesta situação.

Já a Lei 601 contemplava a necessidade desta discriminação, em seu art. 10, estipulando que o Governo deveria providenciá-la. Após sucessivos diplomas regendo a figura, atualmente a matéria vem disciplinada pela Lei 6.383, de 07.12.1976. Pelo atual regime da discriminação das terras devolutas – aplicável tanto na esfera federal, como na estadual (art. 27 da Lei) – estabelecem-se dois procedimentos distintos para a determinação das áreas em tela: um administrativo e um jurisdicional. Apenas a este último se pode dar o nome de ação discriminatória, embora ambos tenham a mesma finalidade.[5]

Em regra, a discriminação das terras devolutas é feita no âmbito administrativo, somente se recorrendo à via judicial (à ação discriminatória) em casos específicos, arrolados pelo art. 19 da Lei.

2.3.1. A discriminação na via administrativa

O rito previsto para a esfera administrativa assemelha-se muito àquele estabelecido para o âmbito jurisdicional, com a diferença essencial de que, aqui, não existe a

preocupação em decidir litígios decorrentes do conflito entre as áreas particulares e as terras devolutas.

Não se deve perder de vista o fato de que a intenção do procedimento é a de segregar a área pertencente ao domínio público (terra devoluta), em face do patrimônio privado, titulando-o e estabelecendo seus limites territoriais. Por isso, intuitivamente, o procedimento se desenvolve em duas etapas: uma primeira em que se convocam todos os interessados na questão, a fim de participar da decisão que separará a área de domínio público; e outra, em que efetivamente será realizada a demarcação da parcela tida como terra devoluta, procedendo-se ao seu registro.

De acordo com o que prevê o art. 2.º da Lei 6.383/1976, a competência para o procedimento é do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra, na esfera federal, ou do órgão correspondente, no domínio estadual, podendo este celebrar convênio com aquele para realizar o procedimento (art. 27, I). O procedimento tramitará perante uma comissão (comissão especial), formada por três membros, sendo um bacharel em direito, um engenheiro agrônomo e outro funcionário (todos vinculados ao Incra), cabendo a este último o papel de secretário no feito.

O procedimento tem início *ex officio* pela comissão, que deve instruí-lo com memorial descritivo da área atingida, em que devem constar: "I – o perímetro com suas características e confinância, certa ou aproximada, aproveitando, em princípio, os acidentes naturais; II – a indicação de registro da transcrição das propriedades; III – o rol das ocupações conhecidas; IV – o esboço circunstanciado da gleba a ser discriminada ou seu levantamento aerofotogramétrico;" e "V – outras informações de interesse" (art. 3.º). Estas informações destinam-se, evidentemente, a proporcionar a visão da área a ser demarcada, bem como dos sujeitos possivelmente interessados na solução da questão. Também, nesta ocasião, o presidente da comissão fará comunicar da instauração do procedimento a todos os oficiais de registro de imóveis da jurisdição, a fim de que estes se abstenham de proceder a qualquer espécie de matrícula, registro, inscrição ou averbação alheias à discriminação, em relação a imóveis atingidos, mesmo que apenas parcialmente, pelo procedimento, sem prévio conhecimento da comissão (arts. 15 e 16).

Tomadas estas providências, inicia-se a fase de convocação dos interessados. Para tanto, o presidente da comissão fará publicar edital, com prazo de sessenta dias,[6] para que os interessados apresentem, em local ali indicado, seus títulos, documentos, informações de suas porções de terra relativas à origem e sequência dos títulos, localização, valor e área estimados, titularidade ou condição da posse, confrontação, benfeitorias e utilizações dadas ao imóvel, bem como sobre a existência de eventuais ônus sobre ele (art. 4.º e seu § 1.º). Faculta-se também ao interessado arrolar *prova testemunhal* a ser produzida.

O edital, no intuito de permitir aos particulares saber quais os imóveis eventualmente atingidos pelo procedimento, deverá ser claro e preciso, quanto à delimitação da parcela

territorial envolvida, bem como, na medida do possível, quanto às pessoas dos possíveis interessados na solução da questão (proprietários, ocupantes, confinantes certos e respectivos cônjuges). A fim de dar a maior publicidade possível ao procedimento, estabelece a lei que o edital deve ser afixado em local público, na sede dos Municípios e distritos, onde se situa a área em questão, bem como publicado, por duas vezes e de modo simultâneo, no Diário Oficial da União, nos órgãos oficiais do Estado ou Território e na imprensa local, com intervalo de oito a quinze dias, entre uma publicação e outra (art. 4.º, § 3.º).

À medida que a documentação de cada interessado é recebida, deve ela ser autuada em separado (por interessado), de modo a facilitar a sua verificação e a adoção das providências decorrentes (art. 5.º). Será também neste momento colhida a prova oral solicitada pelos interessados (art. 5.º, § 2.º), cujas assentadas farão parte dos autos respectivos.

Findo o prazo mencionado no edital, caberá à comissão pronunciar-se sobre a documentação juntada no prazo improrrogável de trinta dias, especialmente manifestando-se sobre as alegações dos interessados, seus títulos de domínio, documentos e boa-fé das ocupações (art. 7.º). Isto se prestará para a adoção das providências de regularização que serão adotadas a seguir, no curso deste procedimento. Com efeito, tomando por base esta manifestação, poderá a comissão dar o encaminhamento necessário a cada situação particular dos interessados, seja para a regularização de sua ocupação (em especial para o fim descrito no art. 29 da Lei, com a concessão de Licença de Ocupação), seja por sua remoção da área, seja por outra providência adequada para o caso concreto.

Regularizada e encaminhada a situação dos sujeitos interessados, o presidente da comissão designará agrimensor para, em data e hora combinadas com aqueles, promover o levantamento geodésico e topográfico da área a ser discriminada, após o que serão demarcados os limites da terra devoluta em tela (art. 11). Permite-se aos interessados, para acompanhamento deste procedimento, indicar perito, especialmente no intuito de ressalvar seus interesses próprios (art. 11, § 1.º).

Finalizados os trabalhos de levantamento, será lavrado termo de encerramento da discriminação da área, onde devem constar: “I – o mapa detalhado da área discriminada; II – o rol de terras devolutas apuradas, com suas respectivas confrontações; III – a descrição dos acordos realizados; IV – a relação das áreas com titulação transcrita no Registro de Imóveis, cujos presumidos proprietários ou ocupantes não atenderam ao edital de convocação ou à notificação (arts. 4.º e 10 desta Lei); V – o rol das ocupações legitimáveis; VI – o rol das propriedades reconhecidas” e “VII – a relação dos imóveis cujos títulos suscitaram dúvidas” (art. 12). Tomada esta medida, o presidente da comissão providenciará o registro das terras devolutas no competente registro de imóveis.

2.3.2. A ação discriminatória

A ação discriminatória, como visto anteriormente, é procedimento supletivo em matéria de identificação das terras devolutas, somente sendo utilizada em casos onde a via administrativa se mostre frustrada.

Conforme estabelece o art. 19 da Lei em questão, a ação discriminatória somente será promovida: "I – quando o processo discriminatório administrativo for dispensado ou interrompido por presumida ineficácia; II – contra aqueles que não atenderem ao edital de convocação ou à notificação (arts. 4.º e 10 da presente Lei); e III – quando configurada a hipótese do art. 25 desta Lei". Deste rol, pode-se observar que a intenção fundamental é buscar a discriminação administrativa das terras devolutas; somente se lançará mão da via jurisdicional quando aquela for manifestamente inadequada ou quando impossível a resolução sem recurso ao Judiciário.

Assim, será o caso de iniciar-se a ação discriminatória se a Administração Pública, a seu exclusivo juízo, tiver suficientes motivos para supor a ineficácia do procedimento administrativo – seja em razão da espécie e do volume de impugnações que devem surgir diante do caso concreto, seja por não se conseguir identificar suficientes interessados para acudir à discriminação administrativa, seja por qualquer outro fundamento razoável.

Da mesma forma, será indispensável a propositura do processo discriminatório judicial em face dos interessados que não se tiverem manifestado no prazo estabelecido pelo edital, na via administrativa ou que, posteriormente, não tenham atendido à notificação de que trata o art. 10 da Lei.[7] Em relação a estes, como prescreve o art. 14 da Lei, em razão de seu silêncio, incidirá presunção legal de discordância, a impor a propositura de ação, sob pena de configurar-se – com o prosseguimento do procedimento administrativo – hipótese muito assemelhada à desapropriação indireta, haja vista a impossibilidade de a Administração Pública, diante tão somente da contumácia do interessado, supor esteja ele abdicando de sua propriedade.[8]

Ainda, será cabível a propositura da ação quando se verificar a ocorrência de "atentado", na área questionada, isto é, quando, na pendência do processo discriminatório administrativo, verificar-se que o interessado (ocupante ou suposto titular da terra) altere suas divisas, derrube a cobertura vegetal, construa cercas ou transfira benfeitorias a qualquer título, sem o consentimento necessário da Administração Pública (art. 24). Evidentemente, esta alteração no estado de fato das coisas pode importar na dificuldade de identificação dos limites das áreas particulares, na alteração da condição de boa-fé da posse, na modificação do montante devido a título de indenização (especialmente no caso previsto no art. 31, § 1.º, da Lei)[9] e em muitos outros aspectos relevantes para o procedimento, razão pela qual deve ser coibida. A fim de evitar esta modificação do estado de fato da coisa (objeto do procedimento administrativo), é que se deve valer da ação discriminatória, acompanhada, se for o caso, de um requerimento de inibição do atentado verificado, na forma do que prevê o art. 77, VI, c/c seu § 7.º, do CPC.

Por fim, também será cabível esta ação quando houver dúvida fundada, no

procedimento administrativo, por parte da comissão, quanto à legitimidade dos títulos apresentados pelos interessados para comprovar sua propriedade sobre a área (art. 8.º da Lei 6.383/1976).[10]

Determinado o cabimento da presente ação, impõe-se fazer algumas considerações a respeito da legitimidade para a sua propositura. Conforme estabelece o art. 18 da Lei, tem o Incra plenos poderes de representação processual da União, em relação à questão discriminatória, motivo pelo qual é seu corpo jurídico quem atuará na defesa do interesse federal *in casu*. A lei é omissa no que respeita à capacidade para a ação discriminatória proposta em face de terras devolutas estaduais,[11] devendo-se entender que o corpo jurídico do Estado ou do órgão estadual responsável pela questão agrária é quem agirá em nome daquele na presente demanda.

A ação em exame, quando tiver por objeto terras devolutas atribuídas à União, é de competência da Justiça federal (art. 109, I, da CF e art. 19, parágrafo único, da Lei). No âmbito desta Justiça especializada, a competência territorial será determinada pelos critérios apontados pelo § 1.º do art. 109 da CF, impondo-se o ajuizamento da demanda na subseção judiciária em que estiver domiciliado o réu, ou qualquer um dos réus, quando houver vários (o critério, porque tem sede constitucional, sobrepõe-se ao do art. 47 do CPC, que determinaria o ajuizamento da demanda no lugar da coisa). Não havendo interesse federal no processo – porque, por exemplo, as terras devolutas pertencem ao Estado-membro, a competência é da Justiça estadual, da comarca em que estiver situado o imóvel (art. 47 do CPC).

A demanda tramitará pelo rito comum, do Código de Processo Civil,[12] tendo ela preferência em relação a qualquer outra ação em andamento, referente “ao domínio ou posse de imóveis situados, no todo ou em parte, na área discriminada” (art. 23 da Lei), e determinando o deslocamento da competência, por conexão, destas, para a Justiça federal, sempre que estiver em jogo terra devoluta da União.

Tem início a ação por meio de petição escrita, que preencha os requisitos dos arts. 319 e 320 do CPC, impondo-se, como documento essencial à propositura da ação, que a petição inicial venha acompanhada do memorial descritivo da área a ser discriminada, nos exatos moldes do que se previa como requisito para o início do procedimento administrativo (art. 20, § 1.º, da Lei 6.383/1976).

Se a petição inicial contiver defeitos que inviabilizem seu exame, ou se não estiver acompanhada dos documentos essenciais à propositura da demanda, deverá ser determinada a sua emenda, no prazo de quinze dias, sob pena de indeferimento (art. 321 do CPC).

Os réus (interessados e confrontantes) serão citados, por edital – nominalmente, os conhecidos e genericamente, os indeterminados –, para comparecer em audiência de conciliação, a ser designada em prazo não inferior a sessenta dias (art. 20, § 2.º),

pessoalmente ou por representante habilitado a transigir. Atingida a conciliação, quanto à demarcação da área a ser discriminada, será ela reduzida a termo e homologada por sentença. Cumpre observar que não se vai admitir transação sobre as áreas qualificadas como terras devolutas, já que este constitui direito indisponível da União e, portanto, não sujeito à transação, mas apenas em relação a eventuais efeitos disponíveis decorrentes do procedimento (como indenizações ou formas e condições da concessão da Licença de Ocupação).[13]

Não sendo possível a conciliação, abrir-se-á o prazo de quinze dias para que os réus apresentem sua defesa (art. 335, I, do CPC).

Poderá o réu deduzir, em sua resposta, contestação ou reconvenção. Seria difícil imaginar a hipótese de reconvenção na ação discriminatória, já que, em se tratando de bem público, insuscetível de usucapião (art. 191, parágrafo único, da CF), restaria quase acadêmica situação em que pudesse o réu formular, em seu favor, pedido reconvencional aqui. Todavia, deve-se admitir essa reconvenção ao menos no caso disciplinado pelo art. 29 da Lei, que prevê a concessão de Licença de Ocupação ao ocupante da área que preencha os requisitos ali enumerados; tratando-se de atividade vinculada (e não discricionária), poderia o requerido, por meio do pedido reconvencional, solicitar ao juiz fosse determinada a expedição da aludida licença, tutelando seu interesse sobre a área objeto da discriminação.

Ainda quando o réu não compareça à audiência, pessoalmente ou por advogado, não será possível a aplicação da sanção da revelia, em função de ser, no processo discriminatório, a citação feita por edital. Assim, em não comparecendo um ou alguns dos réus, em conta do que prescreve o art. 72, II, do CPC, deverá ser designado curador especial, com a atribuição de realizar a defesa destes interessados, ainda que valendo-se da contestação por negativa geral (art. 341, parágrafo único, do CPC).

Salvo o caso de revelia, em se mostrando necessária a instrução da causa – em especial com a produção de prova oral ou pericial –, será o feito encaminhado à fase probatória, com a designação de perícia e, se for necessário, com a designação de audiência de instrução e julgamento.

No caso de ser preciso produzir prova pericial – o que será comum, haja vista a normalidade da situação em que se discuta a validade dos títulos de domínio apresentados pelos interessados (caso em que se poderá recorrer a uma perícia sobre tais documentos), ou em que se debata sobre os limites da área a ser considerada como pública –, designado o perito, seguir-se-á o regime desenhado pelos arts. 464 e ss. do CPC.

Designada audiência de instrução e julgamento, quando necessário, será colhida a prova oral deferida (depoimento pessoal dos interessados e prova testemunhal), cabendo ainda solicitar esclarecimentos ao perito (quando tiver havido prova pericial). Concluída a

instrução, permitirá o juiz os debates orais da causa entre as partes na audiência – tendo cada uma das partes (e, posteriormente, o Ministério Público, se intervier no feito) prazo sucessivo de vinte minutos, prorrogável por mais dez a critério do juiz, para manifestar-se sobre a controvérsia e as provas (art. 364 do CPC) –, seguindo-se a prolação da sentença. Em princípio, a sentença deve ser proferida em audiência, mas, entendendo o magistrado envolver a causa questões complexas, poderá ele ofertá-la no prazo de trinta dias (art. 366 do CPC).

A sentença a ser proferida, em caso de procedência da ação, tem eficácia preponderantemente *executiva*, porque promove a realização da demarcação da área para posterior averbação no registro imobiliário. A leitura apressada do texto legal pode parecer que a lei tende a dar eficácia principal *condenatória* a esta sentença, já que alude à sua execução provisória. Em verdade, é esta última expressão que está mal empregada na legislação, já que não se trata, efetivamente, de execução provisória da sentença e sim de sua realização material, que não se submete ao regime do processo de execução. Por isso, não se há de pensar em nova citação para a fase de efetivação, nem na possibilidade de interposição de embargos do executado em face da concretização da demarcação.

Da sentença proferida caberá apelação, a ser recebida exclusivamente no efeito devolutivo, autorizando-se desde logo a sua efetivação imediata, como "cumprimento provisório" (art. 21 da Lei). Além disso, se a sentença for de improcedência, estará ela sujeita ao reexame necessário (art. 496, I, do CPC). Com isso, já a partir da sentença é possível iniciar-se a demarcação (ainda que provisória) da área considerada como terra devoluta, valendo a sentença (mesmo que sujeita a alteração em grau de recurso) como título provisório da propriedade, para fim de registro (art. 22 da Lei).

O procedimento utilizado para efetivar a demarcação da área discriminada como terra devoluta utilizará como parâmetro aquele previsto pelo Código de Processo Civil, para a ação demarcatória (arts. 574 a 587 do CPC). Assim, já antes da sentença, deve o juiz nomear um ou mais peritos, para realizar o levantamento do traçado da linha demarcanda. Feito o estudo, cabe aos peritos apresentar laudo, com o traçado correto, a ser fixado pela sentença. Ainda que pendente de apelação, então, essa sentença poderá ser imediatamente cumprida, cabendo ao perito efetuar a demarcação do lugar, colocando os marcos necessários. Todas essas atividades devem estar indicadas em planta e memorial descritivo, com os devidos registros para a conservação dos marcos fixados e a observância dos critérios técnicos descritos nos arts. 581, 582 e 583 do CPC. Atestada a regularidade da demarcação, os peritos elaborarão relatório, que será juntado aos autos, que poderá ser impugnado pelas partes em quinze dias. Caso seja necessário, proceder-se-á às devidas correções, lavrando-se ao final auto de demarcação, a ser assinado pelo juiz e pelos peritos, a ser homologado por sentença.

Em relação às despesas processuais, prevê a lei que "no processo discriminatório judicial os vencidos pagarão as custas a que houverem dado causa e participarão *pro rata* das despesas da demarcação, consideradas a extensão da linha ou linhas de confrontação

com as áreas públicas" (art. 26). Obviamente, a questão da sucumbência há de reger-se pelo princípio da causalidade, cabendo imputá-la a quem deu causa à ação. Assim, por exemplo, na hipótese descrita no art. 19, I, da Lei (que prevê a ação discriminatória "quando o processo discriminatório administrativo for dispensado ou interrompido por presumida ineficácia"), demonstrada a ausência de impugnação à área tida como terra devoluta, não se pode atribuir aos interessados o ônus da propositura da ação e, consequentemente, a responsabilidade pelas despesas do processo, salvo quanto à demarcação dos quinhões.

1

V. a respeito, CAPISTRANO DE ABREU, *O descobrimento do Brasil*, p. 71-72.

2

Ressalvada a hipótese de "revalidação", cuja intenção era a de regularizar a situação de sesmarias concedidas irregularmente, para colonos que preenchessem os requisitos do cultivo real da área e da sua ocupação habitual.

3

A respeito, esclarece PONTES DE MIRANDA que "a concepção de que ao Príncipe toca o que, no território, não pertence a outrem, particular ou entidade de direito público, é concepção superada. As terras ou são dos particulares, ou do Estado, ou *nullius*. Nem todas as terras que deixam de ser de pessoas físicas ou jurídicas se devolvem ao Estado. Ao Estado vai o que foi abandonado, no sentido preciso do art. 589, III, [CC/1916]. Ao Estado foi o que, segundo as legislações anteriores ao Código Civil [de 1916], ao Estado se devolvia" (FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, *Tratado do direito privado*, t. XII, p. 441).

4

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito administrativo*, p. 407. Neste mesmo sentido, salienta Celso Antonio Bandeira de Mello que "pode-se definir as terras devolutas como sendo as que, dada a origem pública da propriedade fundiária no Brasil, pertencem ao Estado – sem estarem aplicadas a qualquer uso público – porque nem foram trespassadas do Poder Público aos particulares, ou se o foram caíram em comisso, nem se integraram no domínio privado por algum título reconhecido como legítimo" (*Curso de direito administrativo*, p. 533).

5

Conforme salienta MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, "desde a Lei 601, a intenção, ao criar-se o procedimento de discriminação de terras devolutas, sempre foi a de legitimar as posses que apresentassem os requisitos de cultura efetiva e moradia habitual. Por essa razão, uma vez concluído o processo de discriminação, o Poder Público faz a legitimação de posse em benefício daqueles que preenchem os requisitos legais previstos no art. 29 da Lei 6.383, entregando o título de domínio em favor do posseiro" (op. cit., p. 410). Efetivamente, esta legitimação da posse se dá com a outorga de um título, chamado de Licença de Ocupação, que dá ao posseiro direitos plenos de uso e gozo da área, sem, todavia, conceder-lhe a sua propriedade.

6

Contado da segunda publicação do edital (art. 4.º, § 4.º).

7

"Art. 10. Serão notificados, por ofício, os interessados e seus cônjuges para, no prazo não inferior a 8 (oito) nem superior a 30 (trinta) dias, a contar da juntada ao processo do recibo de notificação, celebrarem com a União os termos cabíveis".

8

Neste caso, prevê a Lei que os supostos proprietários e ocupantes que não atenderem à convocação editalícia para o procedimento administrativo, embora forcem a Administração Pública a propor a ação discriminatória, perdem o direito de "acesso ao crédito oficial ou aos benefícios de incentivos fiscais, bem como terão cancelados os respectivos cadastros rurais junto ao órgão competente" (art. 14, parágrafo único). Embora a previsão possa parecer inconstitucional, na medida em que se aproxima muito de uma punição imposta ao interessado, por não atender ao chamado do Poder Público, é de se ver que ela é plenamente justificável. Isto porque, a partir daí, na ótica da Administração Pública, não obstante a impugnação presumida do interessado, este não mais é, ao menos com grande dose de probabilidade, o titular da área (que seria pública, ao menos no objetivo que se pretende alcançar com a propositura da competente ação). Assim, justifica-se a não concessão de créditos oriundos dos cofres públicos bem como o cancelamento do cadastro efetivado em nome deste suposto titular, como medida que francamente indica a

opinião do ente público em relação à titularidade da área.

[9]

"Art. 31. A União poderá, por necessidade ou utilidade pública, em qualquer tempo que necessitar do imóvel, cancelar a Licença de Ocupação e imitir-se na posse do mesmo, promovendo, sumariamente, a sua desocupação no prazo de 180 (cento e oitenta) dias. § 1.º As benfeitorias existentes serão indenizadas pela importância fixada através de avaliação pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra, considerados os valores declarados para fins de cadastro (…)".

[10]

Neste sentido, v. JACY DE ASSIS, *Ação discriminatória,* p. 255.

[11]

Art. 26, IV, da CF.

[12]

Vale observar que, embora o art. 20 da Lei 6.383/1976, refira à observância do procedimento "sumaríssimo" do Código de Processo Civil, esse rito não existe mais. Ele foi substituído, ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973 pelo chamado "rito sumário". Atualmente, nos termos do que prevê o art. 1.049, parágrafo único, do CPC, as causas que antes tramitariam por aquele procedimento hoje devem empregar o procedimento comum.

[13]

Cf. JACY DE ASSIS, *Ação discriminatória*, cit., p. 166.

Caso

Francisco ocupa há vários anos uma faixa de terras onde exerce atividade rural. Em breve passagem pela sede do Município onde se situa o bem, por acaso se depara com edital publicado pelo Incra, em que convoca interessados para apresentarem documentos, títulos e informações a respeito de suas porções de terra, em procedimento de discriminação. Pela descrição da área atingida, ele percebe que sua faixa de terras está englobada pelo edital.

O prazo para integrar o procedimento administrativo, entretanto, já se exauriu. O edital previa que os interessados se apresentasse dentro de 60 dias, contados a partir da segunda publicação – prazo este já escoado há mais de um mês.

Francisco, então, busca sua orientação, na condição de advogado. Ele questiona:

a) A simples publicação de edital é suficiente para dar ciência a ele da necessidade de participar da discriminação administrativa?

b) Ele pode perder o direito à ocupação da terra em razão da perda desse prazo?

c) Ele pode sofrer algum prejuízo decorrente da perda desse prazo?

d) Qual, afinal de contas, o objetivo do Incra com a discriminação?

PARTE IV - JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

(Autores)

Luiz Guilherme Marinoni

Sérgio Cruz Arenhart

Daniel Mitidiero

1. Teoria geral dos Juizados Especiais Cíveis

1.1. Filosofia dos Juizados Especiais Cíveis

O procedimento comum, por conta de sua amplitude e excesso de incidentes admitidos, certamente é incompatível com a tutela de vários direitos. O seu formalismo, o alto custo, a demora e outras características que lhe são ínsitas, importam certamente em antagonismo insuperável diante das exigências de certos interesses mais simples.

Imagine-se utilizar o processo tradicional para a cobrança de uma dívida de R$ 100,00 (cem reais). Ninguém em sã consciência proporia uma demanda cível de conhecimento para atender a esta pretensão condenatória, haja vista o custo do processo, a demora natural da solução do litígio – que poderia retirar completamente a vantagem pleiteada – e tantos outros obstáculos que comprometeriam a utilidade da tutela jurisdicional no caso concreto.

A doutrina atual tem-se debruçado sobre a questão do acesso à Justiça, mostrando que o processo tradicional é incompatível com grande parte dos direitos da sociedade atual, em especial com as situações típicas da sociedade moderna (como os direitos transindividuais, as relações de consumo e as relações pulverizadas no conjunto social),[1] e com os direitos individuais não patrimoniais. Na verdade, concluiu-se que, praticamente, o processo tradicional apenas se mostra adequado para atender algumas pretensões patrimoniais, capazes de ser convertidas em perdas e danos, sendo completamente inadequado para atender aos chamados “novos direitos”.

Problemas como o do custo e da duração excessiva do processo, bem como o da sua incapacidade de bem tratar determinadas situações de direito substancial, têm levado o jurisdicionado a se afastar da jurisdição, buscando meios alternativos de solução de seus conflitos. Quando esses meios são encontrados fora do aparato estatal, pode surgir grave

risco para a legitimidade do Estado e para o monopólio, concebido por ele, relativamente ao reconhecimento dos direitos e a sua atuação concreta. De fato, o estreitamento do canal do acesso à Justiça, além de produzir o indesejável descrédito do povo nas instituições jurídicas, produz o agravamento da litigiosidade latente, ponto que tem preocupado de forma muito significativa, pelas profundas repercussões de ordem social que pode acarretar. A expansão da autotutela privada, com o recrudescimento da violência e o surgimento dos chamados "justiceiros", os quais fazem a "justiça" que reflete o empobrecimento do espírito solidarista da população, são expressões magnas desse problema.

O Estado, então, preocupa-se (e deve preocupar-se) em fornecer meios alternativos de resolução das disputas, direcionados a atender particularidades específicas das situações litigiosas. É preciso tornar menos formal a prestação da tutela jurisdicional, aproximando-a cada vez mais do cidadão.

Os Juizados Especiais encaixam-se nessa tendência. Visam apresentar ao jurisdicionado um caminho de solução das controvérsias mais rápido, informal e desburocratizado, capaz de atender às necessidades do cidadão e do direito postulado. Têm sua origem nos Conselhos de Conciliação e Arbitragem, instituídos pelo Rio Grande do Sul, em 1982, figura depois disseminada pelos vários Estados da federação brasileira, o que culminou com a edição, em 1984, da Lei 7.244, que instituiu no Brasil os Juizados de Pequenas Causas. Diante do sucesso da instituição, sua ideia evoluiu, adquiriu contornos constitucionais (art. 98, I e seu § 1.º, da CF) e chegou ao atual estágio, com a criação, pela Lei 9.099/1995, dos "Juizados Especiais Cíveis e Criminais", e ainda, mais recentemente, por meio da Lei 10.259/2001, com a instituição dos denominados "Juizados Especiais Federais".

O Juizado Especial é órgão da jurisdição estatal, constituindo verdadeira estrutura vinculada ao Poder Judiciário, por expressa determinação constitucional. Por isso, os agentes que ali atuam exercem jurisdição e são dotados de atribuição jurisdicional, podendo suas decisões gerar coisa julgada material.

Privilegiando a conciliação e a arbitragem, certamente os Juizados Especiais, em função *de sua gratuidade, de sua rapidez e de sua informalidade* aproximam-se muito mais da realidade de inúmeros litígios existentes no seio social, permitindo que estes venham a ser regulados por órgão estatal, legitimando a jurisdição pública e o controle da atuação do direito pelo Estado.

1.2. Princípios fundamentais

Segundo prescreve o art. 2.º da Lei 9.099/1995, o procedimento nos Juizados Especiais deve pautar-se pelos critérios da "oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação". Todo o regime previsto nessa lei deve orientar-se por esses critérios, sob pena

de comprometer o sistema como um todo. As regras dispostas a respeito do procedimento exigem que o intérprete que as examina tenha em mente tais princípios, pois somente assim se poderá adequadamente lidar e manejar o poderoso instrumento previsto por essa Lei.

Outrossim, é importante dizer que todos estes princípios, embora previstos expressamente apenas na Lei dos Juizados Estaduais, também são aplicáveis aos Juizados Federais (praticamente sem grande alteração, e que, quando existentes, têm em mente a diversidade de interesses manejados na esfera federal). Isto porque, como se verá adiante, a Lei dos Juizados Federais não estabelece procedimento próprio, mas se limita a prever as *alterações* de procedimento e de regime que a Lei dos Juizados Estaduais deve sofrer para ser aplicada na dimensão federal. Assim, os princípios contemplados na Lei dos Juizados Estaduais também devem ser utilizados nos Juizados Federais.

1.2.1. Oralidade

O procedimento nos Juizados Especiais é eminentemente oral. Aqui, efetivamente, ao contrário do que se observa em relação ao processo comum – em que se prega a oralidade como princípio, mas a prática demonstra exatamente o inverso, ou seja, que o processo é estritamente escrito –, o procedimento é todo desenhado para se desenvolver oralmente, reduzindo-se ao máximo as peças escritas e, mesmo, a escrituração das declarações orais.

A oralidade, sem dúvida, contribui não apenas para acelerar o ritmo do processo, como ainda para se obter uma resposta muito mais fiel à realidade. O contato direto com os sujeitos do conflito, com a prova e com as nuances do caso permite ao magistrado apreender de forma muito mais completa a realidade vivida, possibilitando-lhe adotar visão mais ampla da controvérsia e decidir de maneira mais adequada. Essa característica, especialmente quando observada do ponto de vista dos temas que são levados aos Juizados Especiais (geralmente caracterizados por conflitos de vizinhança, litígios de pequenas proporções e, especialmente, questões de pessoas mais carentes), mostra-se de sensível importância.

Assim é que o pedido de tutela jurisdicional poderá ser fornecido por escrito ou oralmente (art. 14 da Lei 9.099/1995). Também a resposta do réu pode ser dada oralmente (art. 30 da Lei 9.099/1995). As provas orais, produzidas perante o juizado, não serão reduzidas a escrito, devendo a sentença referir, no essencial, os informes trazidos nos depoimentos (art. 36 da Lei 9.099/1995).

Enfim, nota-se das disposições da Lei dos Juizados Especiais a nítida orientação no sentido de que o processo se desenvolva de maneira absolutamente oral, minimizando-se a burocratização e acelerando-se, consequentemente, a solução da controvérsia.

É preciso notar, porém, que a oralidade enquanto princípio norteador do procedimento – e para que possa trazer as vantagens que lhe são ínsitas, tão propagadas por CHIOVENDA – exige, para que se possa realizar completamente, a justaposição de outros princípios também importantes. Segundo CHIOVENDA,[2] a oralidade só tem condições de gerar seus benefícios se acompanhada dos critérios da identidade física do juiz, concentração do pleito e irrecorribilidade em separado das interlocutórias. De fato, não é possível ver os benefícios da oralidade – especialmente a aceleração da resposta jurisdicional e a mais adequada percepção da realidade –, senão quando o magistrado que julgará o conflito haja presidido a colheita da prova (identidade física do juiz), quando então será possível ao juiz recordar do contexto do litígio (concentração), o que somente será viável se o curso do procedimento não for interrompido, a cada instante, em razão de recursos interpostos em face de decisões interlocutórias (irrecorribilidade das interlocutórias).

A Lei dos Juizados Especiais busca preservar, certamente, ao menos duas dessas garantias correlatas: a irrecorribilidade das interlocutórias – já que não se preveem recursos para esse tipo de decisão (exceto, na esfera dos Juizados Federais, de decisões sobre medidas de urgência – arts. 4.º e 5.º da Lei 10.259/2001) – e a concentração – prevendo a lei prazos exíguos para a instrução do procedimento, quando não for possível realizar-se ela juntamente com a audiência preliminar de conciliação (art. 27, parágrafo único, da Lei 9.099/1995). Também, de forma menos enfática, busca a lei preservar a garantia da identidade física do juiz, permitindo, no juizado especial estadual, que o juiz leigo, que haja presidido a instrução da causa, colabore com o juiz togado na elaboração da sentença, apresentando a este um "esboço" de julgamento, que poderá ser acolhido ou rejeitado, no todo ou em parte, pelo magistrado como sentença do caso específico (art. 40 da Lei 9.099/1995).

1.2.2. Simplicidade

Ninguém duvida de que o cidadão comum não conhece e não entende o procedimento judicial. Conforme descrito por Franz Kafka, em sua afamada obra *O processo*, o processo judicial é, para o leigo, uma figura nebulosa e intangível, somente compreendida pelos letrados na matéria. Essa perspectiva do processo assusta o cidadão e lhe impõe uma carga psicológica negativa a respeito da atuação jurisdicional. Por não conseguir entender o mecanismo processual, o cidadão comum – especialmente o não habituado às demandas judiciais (litigante eventual) – titubeia quando precisa recorrer ao Judiciário, sentindo-se muitas vezes intimidado frente à máquina judicial. Esse constrangimento, não raro, leva o indivíduo a abdicar do direito de ação, suportando a lesão a seu direito, e dando azo à chamada litigiosidade contida.

A compreensão do procedimento judicial, portanto, constitui-se em importante elemento para aproximar o cidadão da tutela jurisdicional do Estado. O juizado especial busca facilitar essa compreensão, instituindo procedimento simplificado, facilmente assimilável pelas partes, em que se dispensam maiores formalidades e se impedem certos incidentes

do processo tradicional.

Não se admitem, no procedimento do juizado especial, a reconvenção, a ação declaratória incidental, ou os infindáveis recursos, típicos do processo clássico. Evitam-se os trâmites excessivamente formais e regulares, privilegiando-se a explicação do procedimento às partes. Nesse sentido, cabe ao juiz alertar às partes a respeito da conveniência de serem assistidas por advogados em causas mais complexas (art. 9.º, § 2.º, da Lei 9.099/1995), bem como das vantagens da conciliação, mostrando-lhes os riscos e as consequências do litígio (art. 21 da Lei 9.099/1995). Essa orientação dada aos sujeitos envolvidos no litígio é necessária para tornar mais compreensível o procedimento, facilitando a *aproximação* do cidadão com a jurisdição. Sem falar que a "simplicidade" também permite uma tutela jurisdicional mais rápida, o que é altamente positivo quando se pensa em estimular o acesso à Justiça.

1.2.3. Informalidade

Vinculado aos demais critérios, o princípio da informalidade é levado às suas mais altas consequências no procedimento do juizado especial. A fim de tornar o processo menos burocrático e mais rápido (e assim mais acessível), tudo deve ser feito da maneira mais simples e informal possível.

Assim, desde que atendidas as garantias fornecidas aos litigantes, todo ato processual deve ser reputado como válido, desde que atingida sua finalidade (art. 13 da Lei 9.099/1995). A ação proposta pelo autor não depende de maiores formalidades, bastando que constem, de forma simples e em linguagem acessível, o nome, a qualificação e o endereço das partes, os fatos e fundamentos de maneira resumida e o objeto da pretensão e o seu valor (art. 14, § 1.º, da Lei 9.099/1995). As intimações também não exigem maiores formalidades, podendo ser realizadas por qualquer meio idôneo de comunicação (art. 19 da Lei 9.099/1995).[3] Esses são apenas exemplos da aplicação do critério da informalidade no procedimento dos Juizados Especiais.

O juizado, ao romper com o formalismo processual, elimina os litígios de modo mais simples e célere. Além disso, por não ser burocratizado e não guardar a mesma formalidade dos outros órgãos do Poder Judiciário, o juizado é mais simpático ao cidadão comum, que deixa de se sentir intimidado ao entrar nos salões da Administração da Justiça.

Com destaque merece ser lembrada a previsão contida no art. 12 da Lei dos Juizados Especiais Estaduais. Para facilitar o acesso do cidadão à tutela estatal, o juizado pode funcionar no horário noturno, quando assim o recomendar a situação específica da comarca ou do Estado. Realmente, esta previsão é fundamental, pois toma em consideração precisamente a situação do cidadão carente de tutela jurisdicional. Normalmente, o cidadão tem dificuldades para deixar o seu emprego no horário normal de trabalho – especialmente quando a lesão não é tão grave, a ponto de determinar, sob

quaisquer circunstâncias, a busca da jurisdição. Por isso, a possibilidade de funcionamento dos juizados fora do expediente normal representa grande avanço, no sentido de aproximar o cidadão da justiça.

1.2.4. Economia processual

A solução das controvérsias submetidas ao juizado especial exige, para a sua eficácia mais completa, o menor gasto de dinheiro possível. Para tanto, é necessário minimizar a quantidade de atos processuais, evitando-se repetir os atos já praticados, quando isso não seja indispensável para o legítimo desenvolvimento do processo.

Não se deve, no juizado especial, repetir ato, ainda que nulo, que tenha atingido sua finalidade, desde que obedecidas as garantias fundamentais outorgadas às partes. Outrossim, é preciso privilegiar a concentração dos atos processuais, empregando-se esforços para que o processo todo possa desenvolver-se em uma única audiência (arts. 21 e 27 da Lei 9.099/1995), desde a fase de conciliação, passando-se pela sua instrução e imediato julgamento. Também nesse sentido, a prova pericial pode assumir conotações diferenciadas, resumindo-se a uma inspeção que pode ser realizada pessoalmente pelo juiz ou por pessoa de sua confiança, sobre a pessoa ou a coisa que interessarem à solução do litígio (art. 35, parágrafo único, da Lei 9.099/1995).

Minimizando-se o procedimento tendente ao oferecimento da prestação jurisdicional, ganha-se de forma *menos complicada uma resposta jurisdicional mais barata e rápida*, o que é fundamental para estimular o acesso à Justiça.

1.2.5. Celeridade

As causas submetidas aos Juizados Especiais de menor complexidade (art. 98, I, da CF) exigem solução célere. Na verdade, *o legislador está obrigado a instituir um procedimento que confira ao cidadão uma resposta tempestiva*, já que o direito de acesso à Justiça, albergado no art. 5.º, XXXV, da CF, decorre do princípio de que todos têm direito a uma resposta tempestiva[4] ao direito de ir ao juiz para buscar a realização de seus direitos. Mais ainda se evidencia este direito com o advento do novo inc. LXXVIII do art. 5.º da CF, que estabelece expressamente o direito à tempestividade da prestação jurisdicional. Ora, o procedimento dos Juizados Especiais de menor complexidade constitui apenas a resposta do legislador a esse direito, que, portanto, deve ser realmente efetiva, e não meramente ilusória.

Os efeitos do tempo no processo podem ser altamente perniciosos,[5] cabendo ainda considerar que não são sentidos com a mesma intensidade por pessoas mais pobres em comparação com aquelas de maior poder econômico. Com efeito, *ninguém pode negar que, para uma pessoa pobre, a demora em receber certa soma em dinheiro pode comprometer sua própria subsistência, ao passo que dificilmente essa mesma consequência poderia advir para pessoas de mais elevada condição econômica.*

Por isso, e porque o juizado é desenhado precisamente para atender à litigiosidade contida – nascida, em geral de conflitos ocorridos em classes de menor poder aquisitivo –, a resposta jurisdicional deve ser breve, evitando os efeitos do tempo do processo sobre o direito postulado. De outra parte, quando a violação do direito é de menor valor, a demora na resposta jurisdicional pode simplesmente anular o benefício postulado. Receber R$ 100,00 (cem reais) em uma semana representa, indubitavelmente, vantagem econômica (e ainda psicológica) maior que receber essa quantia (ainda que corrigida monetariamente) em dois anos. Percebe-se isso ainda com mais nitidez quando a pessoa depende desse montante para sobreviver.

Nos Juizados Especiais, objetivando maior celeridade, são estabelecidos prazos exíguos para a conclusão do procedimento. Ademais, no juizado especial estadual, o recurso contra a sentença deve ser recebido, em regra, somente no efeito devolutivo *(apenas excepcionalmente, para evitar dano irreparável*, *é que o recurso será recebido também no efeito suspensivo)*. Entretanto, esta última característica não é encontrada nos Juizados Especiais Federais. No âmbito federal, as decisões só são efetivadas ao final, após o trânsito em julgado da decisão (arts. 16 e 17 da Lei 10.259/2001). Esse fato, novamente, tem justificativa na diversidade de valores e de interesses tratados nos procedimentos, sendo de se relevar, sempre, que na esfera federal o procedimento lida com interesses públicos.

[1]

V. sobre o tema, entre outros, LUIZ GUILHERME MARINONI, *Novas linhas do processo civil*; MAURO CAPPELLETTI E BRYANT GARTH, *Acesso à Justiça*; ANDREA PROTO PISANI, *Appunti sulla giustizia civile*; VITTORIO DENTI, *Un progetto per la giustizia civile*.

[2]

GIUSEPPE CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil*, trad. José Casais y Santaló, t. II, p. 136.

[3]

Nos Juizados Federais, essa característica é sensivelmente alterada, em razão da espécie de interesse com que se lida e das maiores garantias que devem vigorar em relação aos interesses públicos. Assim, em relação aos entes públicos, devem ser obedecidas formalidades típicas dos “processos comuns” (v. arts. 7.º e 8.º da Lei 10.259/2001).

[4]

LUIZ GUILHERME MARINONI, *Novas linhas do processo civil*, p. 32 e ss.; *A antecipação da tutela*, p. 111 e ss.; *Tutela antecipatória e julgamento antecipado*, p. 13 e ss.

[5]

Como ponderava CHIOVENDA, “tendo em conta que a atividade do Estado, para operar a atuação da lei, exige tempo e despesa, urge impedir que aquele, que se viu na necessidade de servir-se do processo para obter razão, tenha prejuízo do tempo e da despesa exigidos: *a necessidade de servir-se do processo para obter razão não deve reverter em dano a quem tem razão*” (GIUSEPPE CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*, trad. J. Guimarães Menegale, vol. 1, p. 199).

Caso

Francisco adquiriu um eletrodoméstico no valor de R$ 350,00 em uma rede de supermercados. Quando foi utilizá-lo, o produto não estava funcionando, o que lhe fez registrar uma reclamação junto ao vendedor e ao fabricante. Após 40 dias, o problema, porém, ainda não tinha sido resolvido por nenhum deles. Então Francisco procura você, para assistência jurídica, questionando o que poderia ser feito. Qual seria sua resposta?

2. Juizados Especiais Cíveis Estaduais

2.1. Introdução

A Lei dos Juizados Estaduais, além de estabelecer arcabouço principiológico característico, também contempla rito e regime próprios, distintos daqueles apresentados pelo Código de Processo Civil.

Cumpre então, sempre tendo em mente os princípios examinados anteriormente, bem observar tudo isso.

2.2. Competência

Conforme dispõe o art. 3.º, *caput*, da Lei dos Juizados Especiais Estaduais, a competência cível desses órgãos engloba a conciliação, o processamento e o julgamento das causas cíveis de menor complexidade, entendidas como tais as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo; as antigamente enumeradas no art. 275, II, do CPC de 1973[1] (art. 1.063 do CPC atual); a ação de despejo para uso próprio; e as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente a quarenta salários mínimos. Além disso, também compete a estes Juizados Especiais promover a execução de seus próprios julgados, bem como de títulos executivos extrajudiciais no valor de até quarenta salários mínimos (art. 3.º, § 1.º, da Lei 9.099/1995).

Ainda que possam se encaixar na descrição acima elaborada, não são de atribuição dos Juizados Especiais Cíveis "as causas de natureza alimentar, falimentar, fiscal e de interesse da Fazenda Pública, e também as relativas a acidentes de trabalho, a resíduos e ao estado e capacidade das pessoas, ainda que de cunho patrimonial" (art. 3.º, § 2.º, da Lei 9.099/1995).

Discutiu-se se a competência fixada para os Juizados Especiais seria absoluta ou relativa. Conquanto o tema já esteja praticamente pacificado na jurisprudência – que se inclinou por entender que a competência do juizado especial é relativa, tratando-se de mera opção feita pela parte –, é oportuno fazer algumas observações a respeito da questão, em especial diante dos critérios que pautam o instituto.

Aqueles que entendem ser relativa a competência do juizado especial fundam sua conclusão em vários argumentos, a saber:[2]

a) o art. 3.º, § 3.º, da Lei 9.099/1995 expressamente conduz a essa conclusão, ao falar em "opção" pelo procedimento dos Juizados Especiais;

b) os incs. I e IV do art. 3.º da Lei 9.099/1995 fixam nítida competência pelo valor da causa (causas de até quarenta vezes o salário mínimo), que, por aplicação analógica do

Código de Processo Civil, constitui critério relativo de determinação de competência;

c) tornar obrigatório o rito do juizado especial seria violar a garantia constitucional da ação, uma vez que esse procedimento não contempla as mesmas garantias (por exemplo, a ampla defesa, a abrangência do contraditório, a plenitude da prova etc.) que o processo tradicional, podendo mesmo, no juizado especial, recorrer ao uso da equidade (não apenas excepcionalmente, mas de forma normal) como critério para julgamento.

Como já se disse, essa é a orientação dominante perante os tribunais. Talvez possa ser considerada a melhor em uma perspectiva *meramente pragmática*. Contudo, é preciso salientar a falta de *solidez teórica* nos argumentos arrolados para sustentar a *competência relativa* desse órgão.

Em primeiro lugar, é preciso dizer que a competência dos Juizados Especiais é fixada em razão da matéria, e não com base no valor da causa, como sustentam alguns. É o *caput* do art. 3.º da Lei 9.099/1995, calcado, aliás, no próprio texto constitucional (claro neste sentido), que determina competir aos juizados o exame das *causas cíveis de menor complexidade*. As especificações contidas nos incisos do *caput* do art. 3.º da Lei visam apenas explicar quais sejam essas causas, o que, todavia, não altera a circunstância de que a competência determinada em lei para esse órgão do Judiciário seja fixada em razão da matéria e, por isso mesmo, seja absoluta.

Afirmar que a Lei dos Juizados teria previsto sua competência como relativa, em função da alusão, no art. 3.º, § 3.º, à "opção pelo procedimento", é, no mínimo, desconsiderar o contexto onde essa regra se insere. Observando com acuidade o texto da lei, nota-se que, em nenhum momento, ela se preocupou em estabelecer, clara e diretamente, se relativa ou absoluta a competência dos Juizados Especiais. A regra do art. 3.º, § 3.º, visa, na verdade, a estabelecer premissa para o direito material e não para o processo. Não é uma regra de fixação de competência, mas de presunção absoluta de *renúncia* ao direito excedente à capacidade do juizado, se a parte resolve ingressar com ação perante esse órgão. Vale dizer que a competência permanece sendo absoluta sempre. Porém, aquele que detém crédito superior ao limite gizado (como critério de determinação da causa de menor complexidade) na lei, poderá valer-se do procedimento dos Juizados Especiais, desde que renuncie ao excedente. Assim fazendo, obviamente, seu crédito tornar-se-á compatível com o limite dos juizados, admitindo seu tratamento por esse órgão. A regra, portanto, não alude a nenhuma espécie de opção de procedimento, mas a um critério relativo ao direito material, pelo qual se transforma um direito de *maior complexidade em menor complexidade* através da renúncia ao excedente, no limite que caracteriza os conflitos de *menor complexidade*, cuja competência para exame é do juizado especial.

De outra parte, também não seria correto dizer que a obrigatoriedade do uso do juizado especial violaria a garantia da ação, já que submeteria a parte a uma justiça de "qualidade inferior", onde não se preservam, em sua máxima potencialidade, o contraditório, a ampla

defesa, o devido processo legal, a cláusula do julgamento com base na legalidade etc. É preciso compreender que o procedimento dos Juizados Especiais é pensado sob a ótica das tutelas diferenciadas, buscando-se adaptar o rito (e a forma de proteção do direito como um todo) às particularidades do direito material posto a exame.[3] O direito processual não pode tratar a todos os direitos indiferentemente, porque isso seria ignorar as peculiaridades vivenciadas por espécie de direito e por situação concreta. A mentalidade que informa os Juizados Especiais é precisamente esta: verificado que o conflito *de menor complexidade* tem certas particularidades próprias, é preciso dotar a jurisdição de instrumento capaz de lidar com esse litígio, sob pena de o conflito não encontrar na jurisdição estatal campo suficientemente adequado para ser resolvido. Assim, o rito do juizado especial não é, verdadeiramente, menos "garantístico", mas *adequado* para a realidade da situação concreta. De fato, há restrições, no procedimento dos Juizados Especiais, em termos de prova e mesmo em relação à resposta do réu (não se pode, por exemplo, oferecer reconvenção). Todavia, elas não podem ser entendidas como limitações inconstitucionais às garantias fundamentais do processo, mas como compatibilizações entre as garantias fundamentais que presidem a atuação de ambas as partes (autor e réu) no processo. Explica-se: se é verdade que o procedimento do juizado diminui a garantia da ampla defesa, do direito à prova etc., é também certo que o faz no intuito de permitir que o autor tenha, pela via desse instituto, condições de buscar, junto à jurisdição estatal, a adequada solução do conflito surgido. Sem essas alterações no perfil da tutela jurisdicional oferecida, ficaria a lesão experimentada pelo autor carente de tutela (ao menos de uma tutela adequada). As conformações das garantias no rito do juizado especial visam, portanto, à adequação de todas elas (atinentes a ambas as partes no processo) às peculiaridades da específica situação conflituosa verificada. Ninguém diria que o processo de execução, ainda que obrigatório, é inconstitucional, porque lhe falta a garantia da ampla defesa. A lógica desse raciocínio reside precisamente em função da situação particular em que se encontra a lesão ao direito cuja solução se postula: é precisamente a condição especial do direito do autor (fundado em título líquido, certo e exigível) que lhe autoriza buscar proteção em procedimento diferenciado. O mesmo raciocínio deve aqui ser utilizado: a situação particular do direito exige proteção diferenciada – e só por essa proteção específica pode ser ele adequadamente satisfeito –, razão pela qual as garantias que se atribuem ao réu (ampla defesa, contraditório etc.), compatibilizadas com o interesse de o autor obter uma tutela jurisdicional adequada (direito de ação), resultam no procedimento balanceado dos Juizados Especiais. Certamente, como já se disse no início, ninguém submeteria ao Poder Judiciário uma demanda condenatória de R$ 100,00, em função das particularidades do "procedimento normal" previsto para essa tutela, que não é pensado para a proteção desse tipo de situação. Não fosse, portanto, o rito específico dos Juizados Especiais, essa lesão restaria sem tutela, violando-se a garantia da ação. Somente com um procedimento diferenciado, que tome em conta as particularidades da situação concreta, é que se pode realmente pensar em uma proteção efetiva dessa espécie de direito.

Enfim, é de se ponderar que ter como opcional o rito dos Juizados Especiais é,

simplesmente, aniquilar toda a possibilidade de dar-se ao direito postulado uma tutela adequada. Sim, porque pensar como opcional o rito dos juizados – à míngua de regras próprias – imporia estabelecer esta opção sob a ótica do Código de Processo Civil. Haveria, portanto, em relação aos Juizados Especiais, competência relativa, que poderia ser, então, simplesmente recusada, *como se a instituição desse órgão e de seu procedimento não fosse, antes de tudo, de interesse do próprio Estado*.

Não se pode esquecer que o juiz do juizado (e o próprio juizado em si) é órgão da jurisdição, dotado dos mesmos poderes e atribuições de qualquer outro juiz. O juizado especial não pode ser visto como um órgão de segunda categoria, reservado como simples alternativa para a parte. É ele órgão da jurisdição, caminho adequado para a solução dos conflitos de interesses de menor complexidade, e assim instituto adequado e devidamente instrumentalizado para tanto. Na realidade, o juizado especial é absolutamente fundamental para o Estado cumprir seu dever de propiciar aos cidadãos efetivo acesso à Justiça.[4]

No que concerne à competência territorial (esta, sim, evidentemente relativa), a Lei dos Juizados expressamente disciplina a questão, em seu art. 4.º, *caput* e incisos, dizendo que a competência se estabelece pelo foro do domicílio do réu ou, a critério do autor, do local onde aquele exerça atividades profissionais ou econômicas ou mantenha estabelecimento, filial, agência, sucursal ou escritório; do lugar onde a obrigação deva ser satisfeita; e do domicílio do autor ou do local do ato ou fato, nas ações para reparação de dano de qualquer natureza. Obviamente, em relação a essa competência, aplicam-se os critérios de prorrogação e modificação de competência, estabelecidos no Código de Processo Civil.

2.3. Da conciliação e da arbitragem

Os vários problemas que marcam a Administração da Justiça e a tomada de consciência de que o que importa é a pacificação social – e não a forma através da qual ela é obtida –, levaram à retomada da arbitragem e da conciliação como formas alternativas à solução dos conflitos. Além disso, como já foi visto, o próprio processo, como técnica, passa por uma "deformalização", procurando-se via menos formal e mais rápida e econômica para atender às pessoas que têm dificuldades de recorrer ao Poder Judiciário pelas mais diversas razões, dentre as quais se sobressai a questão do custo do processo, da lentidão da tutela jurisdicional e da inadequação dessa tutela para as diferentes espécies de direitos.

Portanto, se o objetivo é facilitar o acesso à Justiça, é evidente que os princípios fundamentais do procedimento dos Juizados Especiais (antes analisados) têm relação muito íntima com a arbitragem e com a conciliação. Em outros termos: *o procedimento dos Juizados Especiais não pode abrir mão das fases propícias à arbitragem e à conciliação*. Note-se que, embora o rito comum, do Código de Processo Civil, também autorize o emprego da conciliação, da mediação e da arbitragem, a tônica em seu emprego nos Juizados Especiais é muito mais evidente. Por essa razão, não se pode supor o cabimento

das causas submetidas ao rito dos Juizados Especiais ao regime comum, do procedimento regido pelo Código do Processo Civil.

Recorde-se que a conciliação permite que as causas mais agudas do litígio sejam consideradas e temperadas, viabilizando a eliminação do conflito no plano sociológico. Este efeito é importante na atual sociedade de massa, em que se sucedem pequenos conflitos nas relações de vizinhança, consumo etc., situações em que a coexistência é duradoura no tempo e fundamental a convivência cordial entre as pessoas.

Ademais, também não pode ser desconsiderado o aspecto político da conciliação e da arbitragem, o qual é posto em evidência pela possibilidade de participação popular na Administração da Justiça. A presença de "leigos" na conciliação e na arbitragem, significando participação popular, além de contribuir para a educação cívica, atende à necessidade de legitimação democrática da Administração da Justiça.[5] É bom lembrar que o *caput* do art. 7.º da Lei 9.099/1995 afirma que "*os conciliadores* e juízes leigos são auxiliares da Justiça, recrutados, os primeiros, preferentemente, *entre os bacharéis em direito, e os segundos, entre advogados com mais de 5 (cinco) anos de experiência*", enquanto que o art. 24, § 2.º, da mesma Lei, estabelece que "*o árbitro será escolhido dentre os juízes leigos*".

A conciliação é notoriamente privilegiada nos Juizados Especiais, onde é estabelecida a tentativa de conciliação como pressuposto necessário e inarredável para a passagem à fase de instrução e julgamento. Por outro lado, a figura do juízo arbitral, expressamente prevista na Lei 9.099/1995 (art. 24 e ss.), pode contribuir para a acomodação de determinadas controvérsias, como as pertinentes a consumo, vizinhança e proteção ao locatário, as quais são muito importantes quando se consideram os objetivos que orientam os Juizados Especiais.

2.4. Capacidade para atuar no Juizado Estadual

2.4.1. A capacidade genérica

O juizado especial não deve ser pensado como simples meio de agilizar a prestação jurisdicional. Seu objetivo, em especial, é *atender às causas de menor complexidade relativas a certos segmentos da sociedade que não teriam, em condições normais, formas de apresentar suas demandas em juízo*.

Por isso, a legitimidade (*ad processum*) perante o juizado especial (tanto ativa como passiva) não é tão ampla quanto na Justiça comum. De outro lado, tendo em vista que o juizado privilegia a conciliação e a arbitragem, é também natural que haja restrição em termos de aptidão para estar em juízo, possibilitando-se esta apenas para aquelas pessoas (e aqueles litígios) que possam submeter-se a esses mecanismos.

Diante desses critérios, a Lei 9.099/1995 não admitia como parte no juizado (seja na

qualidade de autor ou de réu) “o incapaz, o preso, as pessoas jurídicas de direito público, as empresas públicas da União, a massa falida e o insolvente civil” (art. 8.º, *caput*). Porém, a Lei 10.259/2001, que instituiu os *Juizados Especiais Federais*, acomodou de forma parcialmente diferente a legitimidade para ser parte – logicamente que considerando as peculiaridades das causas que competem à Justiça federal –, estabelecendo que podem ser partes, “como rés*, a União, autarquias, fundações e empresas públicas federais*” (art. 6.º, II, da Lei 10.259/2001). Posteriormente, a Lei 12.153/2009 estendeu a atribuição dos Juizados Especiais (estaduais) para julgar causas de interesse da Fazenda Pública dos Estados ou do Distrito Federal, até o limite de sessenta salários mínimos, excetuadas algumas situações pontuais (art. 2º da Lei 12.153/2009).

2.4.2. A capacidade para ser autor

Inicialmente, cabe deixar claro que neste momento interessa somente a capacidade para ser parte estabelecida na *Lei 9.099/1995*, dita Lei dos Juizados Especiais Estaduais. Assim, é necessário consignar que o art. 8.º, § 1.º, da Lei 9.099/1995 afirma que podem ajuizar ações perante os Juizados Especiais Estaduais as pessoas naturais capazes (excluídos os cessionários de direitos de pessoa jurídica), as microempresas (segundo a definição a elas dada hoje, pelo art. 3º da LC 123/2006), as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP, na forma do previsto na Lei 9.790/1999) e as sociedades de crédito ao microempreendedor (segundo o art. 1.º da Lei 10.194/2001).[6]

Considera-se como capaz o maior de dezoito anos, que poderá agir perante o juizado especial, independentemente de assistência, em todos os atos do processo, inclusive para fins de conciliação (art. 8.º, § 2.º, Lei 9.099/1995). Recorde-se, ademais, que a Lei n. 13.146/2015 alterou substancialmente o regime de capacidade da pessoa com deficiência. Nesses termos, em princípio, no modelo atual, nada impede que a pessoa com deficiência também possa apresentar-se perante o juizado especial, eventualmente se sujeitando à curatela ou ao regime de decisão apoiada.

Exclui-se a possibilidade de a pessoa natural capaz que seja cessionária de direitos de pessoa jurídica vir a ser autora perante o juizado especial (art. 8.º, § 1.º, I, *in fine*). A razão é intuitiva: a Lei deseja que, em regral, apenas direitos de pessoas naturais capazes sejam pleiteados perante os juizados. Admitir que a pessoa natural em geral venha a demandar em juízo por direito cedido por pessoa jurídica permitiria burlar o espírito da lei, na medida em que seria viável que, por interposta pessoa (natural), viesse a pessoa jurídica a postular perante o juizado. A restrição, por isso mesmo, deve ser vista com esse espírito, autorizando-se a pessoa física, cessionária de direito de pessoa jurídica, a pleitear perante o juizado especial desde que *prove de maneira objetiva* não haver a fraude que a Lei busca coibir.

2.4.3. Capacidade postulatória

É também interessante tecer algumas considerações a propósito da capacidade

postulatória perante os Juizados Especiais. Como se sabe, em regra, perante a Justiça comum, essa capacidade é outorgada exclusivamente a advogados. Nos Juizados Especiais, porém, a solução alvitrada é outra, determinada precisamente pelos critérios de informalidade, simplicidade e gratuidade que os informam.

Perante os Juizados Especiais, nas causas de até vinte salários mínimos, dispensa-se a necessidade de que a parte seja representada por advogado, podendo defender seus direitos sozinha. Somente nas ações relativas a direitos compreendidos entre vinte e quarenta salários mínimos é que se torna obrigatória a intervenção do advogado (art. 9.º, *caput*, da Lei 9.099/1995), aplicando-se aí as regras próprias, atinentes à representação por procurador, do Código de Processo Civil.

Todavia, mesmo quando não haja a obrigatoriedade da participação de advogado, não fica excluída a possibilidade de que a parte se faça acompanhar de procurador judicial. Nesse caso, sempre que uma das partes esteja assistida por advogado – ou ainda quando seja ré pessoa jurídica ou firma individual –, terá a outra, se quiser, assistência judiciária gratuita prestada por órgão instituído junto ao juizado especial, na forma da lei local (art. 9.º, § 1.º, da Lei 9.099/1995).

Outrossim, poderá (e mesmo deverá) o juiz, considerando as circunstâncias da causa específica, o grau de complexidade da matéria e a situação particular das partes, recomendar (sem poder, evidentemente, obrigar) a assistência de um advogado (público ou particular), que terá a incumbência de melhor informá-las a respeito da defesa de seus interesses, bem como tratar de seus direitos adequadamente em juízo (art. 9.º, § 2.º, da Lei 9.099/1995).

De qualquer forma, no caso de recurso, consoante prevê o art. 41, § 2.º, da Lei 9.099/1995, “as partes serão obrigatoriamente representadas por advogado”. Isso ocorre em vista da natureza do recurso, que reclama conhecimentos técnicos próprios do advogado.

Note-se, por fim, que, mais uma vez norteada pelos critérios da informalidade e da simplicidade, a Lei prevê que a outorga do mandato judicial para o advogado possa ser feita na forma “verbal”. Apenas para a outorga de poderes especiais é que se exige o instrumento escrito, objetivando-se evidentemente resguardar os interesses dos sujeitos envolvidos no contrato (art. 9.º, § 3.º, da Lei 9.099/1995).

2.5. Procedimento diferenciado

O procedimento dos Juizados Especiais Cíveis estaduais é nitidamente distinto do normal, previsto pelo Código de Processo Civil, visando, de um lado, a atender aos critérios informativos do instituto (art. 2.º da Lei 9.099/1995), e de outro fornecer mecanismos apropriados para a tutela dos interesses que se inserem na competência do órgão.

A competência funcional do procedimento do juizado é dividida entre três figuras: o conciliador, o juiz leigo e o juiz togado. O juiz togado é um juiz de direito, pertencente aos quadros da magistratura estadual, designado para atuar perante o juizado especial. Os outros dois agentes são considerados auxiliares da justiça, sendo os juízes leigos escolhidos entre advogados com mais de cinco anos de experiência e os conciliadores, preferencialmente, selecionados entre bacharéis em direito (art. 7.º, *caput*, da Lei 9.099/1995).[7]

Os atos processuais são sempre realizados da maneira menos formal possível, devendo ficar registrados por escrito (manuscrito, datilografia, taquigrafia ou estenotipia) apenas os atos considerados essenciais. Todos os demais atos poderão ser gravados em meio idôneo, e serão inutilizados após o trânsito em julgado da decisão (art. 13, § 3.º, da Lei 9.099/1995). A nulidade de qualquer ato processual somente será declarada se resultar em prejuízo para a parte ou quando a violação de forma não lhe permitir atingir suas finalidades (art. 13*, caput* e seu § 1.º, da Lei 9.099/1995). Também a comunicação dos atos processuais será feita da forma mais simples possível, podendo solicitar-se a realização de diligências em outras comarcas por qualquer meio idôneo (art. 13, § 2.º, da Lei 9.099/1995).

Em primeiro grau de jurisdição, o processo perante o juizado especial independe do pagamento de custas, taxas ou despesas (art. 54 da Lei 9.099/1995). Somente no caso de recurso é que haverá necessidade de pagar despesas processuais (inclusive as de primeiro grau). Da mesma forma, a sentença de primeiro grau não imporá às partes o ônus da sucumbência, podendo, entretanto, aplicar as sanções atinentes à litigância de má-fé (art. 55 da Lei 9.099/1995). No segundo grau, julgando o recurso, haverá a incidência de sucumbência, relativa às despesas com os honorários do advogado *(obrigatório em segundo grau).*

O processo tem início pela apresentação de pedido, escrito ou oral, diretamente à Secretaria do juizado especial. Para que o pedido seja aceito, é necessário constar, de forma simples e em linguagem clara e acessível, o nome, a qualificação e o endereço das partes; os fatos e fundamentos de forma sucinta; e o objeto e seu valor (art. 14, § 1.º, da Lei 9.099/1995). Admite-se a cumulação alternativa ou sucessiva de pedidos, bem como o pedido genérico (quando não se puder especificar, de maneira pronta, a extensão da obrigação). Compete à parte autora instruir seu pedido, prontamente, com os documentos que entenda convenientes para instruir sua pretensão, muito embora possa apresentar tais peças mais tarde, por ocasião da audiência, sem nenhum ônus ou preclusão (art. 33 da Lei 9.099/1995).

Caso compareçam, concomitantemente, autor e réu, dispensa-se o registro do pedido e a citação do demandado, instaurando-se prontamente a sessão de conciliação. Caso contrário, será o réu, independentemente de distribuição do feito ou autuação, citado para sessão de conciliação, designada conforme a possibilidade da pauta pela própria secretaria do juizado, a ocorrer em prazo máximo de quinze dias (art. 16 da Lei

9.099/1995).[8]

Não se admite, no procedimento do juizado, citação por edital, pois a regra é a citação pelo correio (correspondência com aviso de recebimento), sendo que somente em circunstâncias excepcionais cabe a citação por oficial de justiça (independentemente de mandado ou carta precatória).

Se o réu não comparecer à sessão designada (ou mesmo, posteriormente, deixar de comparecer à audiência de instrução e julgamento, eventualmente necessária) sem apresentar justa causa, "reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados no pedido inicial, salvo se o contrário resultar da convicção do juiz" (art. 20 da Lei 9.099/1995). Como se vê, o art. 20 da Lei 9.099/1995 afirma que a revelia gera presunção *relativa* de veracidade dos fatos, podendo ser afastada sempre que as circunstâncias da causa indicarem sentido contrário. Além do efeito material, a revelia gera efeito processual, identificado ao julgamento antecipado da lide, autorizando o magistrado, desde logo, a proferir sentença (art. 23 da Lei 9.099/1995).

Comparecendo o réu, será aberta a sessão de conciliação, competindo ao juiz togado ou ao juiz leigo esclarecer as partes da conveniência da conciliação e dos riscos do prosseguimento do processo. A conciliação será conduzida pelo juiz togado ou leigo ou por conciliador, sob sua orientação. Obtida a conciliação, será ela reduzida a termo e homologada pelo juiz togado, servindo como título executivo judicial (art. 22, parágrafo único, da Lei 9.099/1995).

Se não tiver êxito a conciliação, será oferecida às partes a possibilidade de se submeterem à arbitragem. Se qualquer delas recusar a proposta, terá seguimento normal o processo. Caso ambas aceitem, instaura-se o procedimento arbitral, facultando-se às partes a escolha do árbitro, dentre os juízes leigos componentes do juizado. Escolhido o árbitro, este será convocado para a mesma sessão, para instaurar o procedimento; se ele não estiver presente, o juiz designará data próxima para audiência arbitral, convocando o juiz leigo (árbitro) para a sessão. Instruído o feito, pelo árbitro, compete-lhe, imediatamente ou no prazo de cinco dias, proferir laudo arbitral (podendo, inclusive, decidir por equidade), que será, posteriormente, submetido à homologação pelo juiz togado, em sentença irrecorrível, que valerá como título executivo judicial.

Não aceita a arbitragem, como dito, prosseguirá o processo seu curso regular, seja com a imediata prolação da sentença ou instaurando-se, quando necessário, audiência de instrução e julgamento. Essa audiência terá início imediatamente, desde que o réu tenha condições de oferecer sua defesa de pronto (art. 27, *caput*, da Lei 9.099/1995), ou então no prazo de quinze dias (art. 27, parágrafo único, da Lei 9.099/1995).

Na audiência, inicialmente, abre-se espaço para que o réu ofereça defesa, de forma escrita ou oral, consistente em contestação (em que poderá ser alegada a incompetência absoluta ou relativa do juizado para o caso) e eventual impugnação de impedimento ou de

suspeição do juiz. Não cabe, no procedimento do juizado especial, a reconvenção, embora se admita que o réu formule pedido contraposto, nos limites da competência do órgão, desde que "fundado nos mesmos fatos que constituem objeto da controvérsia" (art. 31, *caput*, da Lei 9.099/1995). A esse pedido, poderá o autor responder na própria audiência ou, se não estiver habilitado, em outra data, designada para ocasião próxima (art. 31, parágrafo único, da Lei 9.099/1995).

Serão decididos na própria audiência todos os incidentes que interfiram no seu andamento normal. Outras questões incidentais serão avaliadas por ocasião da sentença (art. 29, *caput*, da Lei 9.099/1995).

Admite-se a produção de todas as provas, típicas ou atípicas. Em regra, a prova será produzida em audiência, ainda que não tenha havido prévio requerimento a respeito, cabendo ao magistrado indeferir a prova considerada excessiva, impertinente ou protelatória (art. 33 da Lei 9.099/1995). A presidência da instrução pode ser delegada, pelo juiz togado, a um juiz leigo, sob sua supervisão (art. 37 da Lei 9.099/1995), caso em que este poderá apresentar, ao juiz togado, posteriormente (para a preservação do princípio da identidade física do juiz), a decisão que poderá ser por este último homologada, substituída ou, ainda, antes de qualquer dessas atitudes, precedida de diligências complementares (art. 40 da Lei 9.099/1995).

A prova documental pode ser apresentada na própria audiência, dando-se imediata vista à parte contrária para sobre ela manifestar-se (art. 29, parágrafo único, da Lei 9.099/1995). A prova testemunhal é limitada ao número de três testemunhas (para cada parte), que deverão comparecer à audiência independentemente de intimação, ou mediante intimação, caso esta tenha sido previamente requerida pela parte. A prova pericial, assim como a inspeção judicial, será realizada informalmente, viabilizando-se a mera inquirição de técnicos da confiança do juiz, bem como a apresentação de pareceres técnicos pelas partes (art. 35, *caput*, da Lei 9.099/1995). Poderá ainda o juiz conduzir, no curso da audiência, a realização de inspeção "em pessoas ou coisas, ou determinar que o faça pessoa de sua confiança, que lhe relatará informalmente o verificado" (art. 35, parágrafo único, da Lei 9.099/1995).

A prova, produzida oralmente na audiência, não será reduzida a escrito, devendo-se registrar, na sentença, o essencial das informações trazidas no depoimento.

Não é admissível, no procedimento dos Juizados Especiais, nenhuma modalidade de intervenção de terceiro.[9]

A sentença, proferida pelo magistrado, ou pelo juiz leigo (homologada por aquele – art. 40 da Lei 9.099/1995), deverá mencionar os elementos de convicção, com breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório (art. 38, *caput*, da Lei 9.099/1995). A sentença será sempre líquida – ainda que o pedido tenha sido genérico –, sendo ineficaz no montante que exceder a competência do juizado especial.

Não pode o processo prosseguir, devendo ser extinto, quando o autor deixar de comparecer a qualquer das audiências no processo; quando inadmissível o procedimento instituído na Lei dos Juizados ou o seu prosseguimento após a conciliação; quando reconhecida a incompetência territorial; quando sobrevier qualquer dos impedimentos previstos no art. 8.º da Lei 9.099/1995; quando, falecido o autor, a habilitação depender de sentença ou não se der no prazo de trinta dias; e quando, falecido o réu, o autor não promover a citação dos sucessores no prazo de trinta dias da ciência do fato (art. 51 da Lei 9.099/1995).

Quanto à execução – seja da sentença do próprio juizado, seja de título executivo extrajudicial, da competência desse órgão – segue ela subsidiariamente as regras contidas no Código de Processo Civil.

A execução de título executivo judicial terá início, quando possível, por intimação na própria audiência em que for proferida a sentença. Não cumprida a sentença, inicia-se a execução coativa. Se a execução for de obrigação de entregar, de fazer ou de não fazer, compete ao juiz (se já não o houver feito na sentença) cominar multa diária para o adimplemento da prestação, que poderá ser posteriormente alterada. No caso de obrigação de fazer, sendo isso viável, poderá o magistrado determinar a realização do fato por terceiro, determinando-se ao devedor que deposite a importância respectiva, sob pena de multa diária. Na execução por quantia certa, o rito é, em essência, o mesmo daquele previsto pelo Código de Processo Civil. Assim, não pago voluntariamente o valor líquido arbitrado na sentença, no prazo de quinze dias, haverá o acréscimo de dez por cento, a que alude o art. 523 § 1º, do CPC, partindo-se então para os atos penhora e expropriação de bens do devedor, para satisfação da obrigação. A alienação pode ser realizada por leiloeiro ou pelos sujeitos do conflito (credor ou devedor), dispensando-se a publicação de editais em jornal quando o bem a ser alienado for de pequeno valor. Porém são admissíveis “embargos do executado”, para a discussão dos seguintes temas: falta ou nulidade de citação no processo (se ele correu à revelia); manifesto excesso de execução; erro de cálculo; e causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, superveniente à sentença (art. 52, IX, da Lei 9.099/1995). Esses embargos são oferecidos nos autos da própria execução, de modo que são absolutamente idênticos à impugnação, que hoje é a regra de defesa no cumprimento de títulos judiciais.

A execução de título extrajudicial, da competência do juizado, observará as mesmas variações acima apresentadas de forma sumária, contando ainda com uma audiência de conciliação. Efetuada a penhora de bens, será o devedor intimado a comparecer à audiência de conciliação, em que poderá oferecer embargos à execução. Nessa audiência, será tentada a conciliação, e, em sendo esta infrutífera e não tendo sido apresentados embargos, deve o processo prosseguir para que o credor tenha o seu direito satisfeito o mais rápido possível.

2.6. Recursos e meios de impugnação

A estrutura dos Juizados Especiais Estaduais também prevê juízo recursal (art. 41 da Lei 9.099/1995). Não se trata, porém, do tribunal local, e sim de um colegiado, interno ao juizado, *composto por três juízes togados de primeiro grau* (art. 41, § 1.º, da Lei 9.099/1995). Em determinada perspectiva, que costuma ser apontada pela doutrina como fundamento para o duplo grau de jurisdição, esse colegiado não pode ser considerado como verdadeiro órgão de segundo grau de jurisdição, *pela simples razão de que os juízes que a ele dão composição estão em primeiro grau de jurisdição, ou seja, no mesmo grau de jurisdição em que está o magistrado prolator da sentença recorrida.* Os membros do colegiado não estão em grau hierarquicamente superior ao do juiz singular, e assim, na lógica sustentada pela doutrina que tanto gosta do duplo grau de jurisdição, não têm maior experiência que o juiz singular. Todavia, embora hierarquicamente esses juízes não sejam superiores ao seu colega, cuja sentença deve ser reexaminada, exercem eles poderes jurisdicionais de revisão, *constituindo nítida instância recursal. Em outras palavras: esse juízo exerce função revisora, mas é composto por juízes que estão no mesmo grau de jurisdição daquele que profere a sentença, existindo no juizado um juízo encarregado de novamente julgar a causa já definida pelo juiz singular.*

O acesso a essa instância recursal depende do atendimento de certas condições, não exigíveis na instância ordinária. Assim, devem as partes estar assistidas por advogados (art. 41, § 2.º, da Lei 9.099/1995). Ademais, a instância recursal depende, ao contrário do que ocorre em primeiro grau, do pagamento das despesas respectivas, e mesmo daquelas atinentes à instância ordinária (ressalvada a hipótese de assistência judiciária gratuita), sendo que, no juízo recursal, o recorrente, vencido, deverá pagar honorários advocatícios (art. 42, § 1.º, art. 54, parágrafo único, e art. 55, *caput*, da Lei 9.099/1995).

As decisões interlocutórias (ao menos aquelas que não possam gerar *danos irreparáveis a direito*) são irrecorríveis. Das sentenças, excetuadas as homologatórias de conciliação ou de laudo arbitral, cabem os embargos de declaração e um recurso inominado – semelhante à apelação (art. 41 da Lei 9.099/1995).

O recurso inominado deve ser interposto no prazo de dez dias, contados da ciência da sentença, em petição escrita que deve conter as razões do recurso e o pedido de revisão. A parte dispõe do prazo de quarenta e oito horas, após a interposição do recurso, para efetuar o preparo, sob pena de deserção. Efetuado o preparo, será o recorrido intimado a oferecer resposta escrita, no prazo de dez dias, sendo então o recurso encaminhado ao colegiado (art. 42 da Lei 9.099/1995).

O recurso inominado tem apenas, *ex lege*, efeito devolutivo, podendo o juiz recorrido dar-lhe efeito suspensivo para evitar lesão irreparável para qualquer das partes (art. 43 da Lei 9.099/1995). No julgamento do recurso, dispensa-se a lavratura de acórdão formal. A decisão constará de ata do colegiado, com a indicação do processo, fundamentação breve e parte dispositiva; se confirmatória a decisão, a súmula do julgamento servirá de acórdão (art. 46 da Lei 9.099/1995).

Quanto aos embargos de declaração, são eles cabíveis quando existir na sentença (ou no acórdão do colegiado) obscuridade, contradição, omissão ou erro material (art. 1.022 do CPC, aplicável ao rito dos juizados, por força do art. 48 da Lei 9.099/1995, com a redação que lhe deu o art. 1.064 do CPC).

Os embargos declaratórios são cabíveis no prazo de cinco dias, da ciência da decisão, por petição escrita ou oralmente. Sua interposição *interrompe* o prazo para oferecimento de outros recursos, à semelhança do que ocorre com os embargos de declaração tradicionais, do CPC (arts. 50 da Lei 9.099/1995, na redação que lhe deu o art. 1.065 do CPC). Quanto a seu julgamento, aplicam-se-lhes as regras próprias dos embargos declaratórios, existentes no Código de Processo Civil.

Além desses recursos, admite-se, como visto anteriormente (no exame dos recursos constitucionais no processo tradicional), a interposição de recurso extraordinário. O tema foi abordado no momento respectivo, razão pela qual se remete o leitor a tais considerações.

Transitada em julgado a decisão do juizado especial, não se admite, contra ela, a interposição de ação rescisória (art. 59 da Lei 9.099/1995).

É de se observar que, embora previsto o juízo recursal no procedimento dos juizados, a admissão de recurso contra a sentença atenta contra os princípios da oralidade e da celeridade. Como é sabido, a oralidade enseja contato direto do juiz com as partes e com as provas*, e por essa razão propicia maior qualidade ao serviço jurisdicional*. De modo que, por razão lógica, *falar em oralidade é supor apenas a sentença do juiz que teve este contato direto, e não o julgado proferido por aqueles que não conheceram as partes e não tiveram qualquer contato direto com as provas*. Em outras palavras, a oralidade somente pode ser benéfica ao julgado do juiz singular, mas jamais para o julgado do colegiado, que analisa a causa por meio dos termos escritos das provas produzidas. Além do mais, como também é de lógica evidente, *dois juízos sobre o mérito consomem mais tempo da jurisdição que um só*. Nesse sentido, *o duplo juízo sobre o mérito, previsto no juizado, atenta contra os princípios da oralidade e da celeridade, os quais são instituídos expressamente como princípios informadores no art. 2.º da Lei 9.099/1995.*

Portanto, é natural perguntar o motivo pelo qual o juízo recursal foi previsto na Lei dos Juizados. A razão somente pode ser uma: supõe-se que a dupla revisão do julgado é garantia constitucional, e assim a Lei dos Juizados não teria como negar o juízo recursal sob pena de inconstitucionalidade. Contudo, como foi amplamente demonstrado quando analisado o duplo grau de jurisdição,[10] a Constituição Federal não garante um duplo juízo sobre o mérito. Como já dito, *o duplo juízo, exatamente porque deixa de lado os benefícios da oralidade e desconsidera a necessidade de celeridade, absolutamente fundamental para a efetividade do direito constitucional de acesso à Justiça (que, afinal, é a razão de ser da instituição dos Juizados Especiais), não deve ser pensado como*

princípio fundamental de justiça ao menos diante das causas de menor complexidade. Na realidade, trata-se de saber o que está por trás dos Juizados Especiais: a busca de uma ilusória segurança, que seria garantida pela dupla revisão, ou um acesso mais efetivo à justiça, que requer maior celeridade da prestação jurisdicional?

2.7. Os Juizados Especiais Estaduais da Fazenda Pública

A Lei 12.153/2009, como já dito, estendeu o campo de atuação dos Juizados Especiais Estaduais, permitindo que ali também se discutam questões de interesse da Fazenda Pública estadual, distrital ou municipal.

A competência deste órgão é absoluta e está limitada às causas de até sessenta salários mínimos,[11] excetuadas "I – as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, por improbidade administrativa, execuções fiscais e as demandas sobre direitos ou interesses difusos e coletivos; II – as causas sobre bens imóveis dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, autarquias e fundações públicas a eles vinculadas; III – as causas que tenham como objeto a impugnação de pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou sanções disciplinares aplicadas a militares".

Em relação aos sujeitos processuais, a questão já foi examinada, bastando aqui lembra que a Fazenda Pública, embora seja parte no processo, não gozará aqui de prazos diferenciados para a prática de atos processuais, embora sua citação deva anteceder a audiência de conciliação com no mínimo trinta dias (art. 7º da Lei 12.153/2009).

No que se refere ao procedimento, os principais pontos a serem salientados dizem respeito à inexistência de reexame necessário e à previsão de cabimento de recurso apenas contra a sentença. Admite-se, à semelhança do que ocorre com os Juizados Especiais Federais, o pedido de uniformização de interpretação de lei material (art. 18 da Lei 12.153/2009), que tanto pode ser julgada no âmbito estadual, como pelo STJ, quando a divergência ocorrer entre turmas recursais de Estados diferentes. Também, ao contrário do que ocorre com o rito dos Juizados Especiais "comuns", aqui somente o juiz pode presidir a instrução do processo (art. 16, § 2º, da Lei 12.153/2009).

Finalmente, a execução da sentença, aqui, observa as peculiaridades dos créditos exigíveis da Fazenda Pública. Tratando-se de crédito de pequeno valor do crédito (art. 100, § 3º, da CF), impõe-se o pagamento da quantia por Requisição de Pequeno Valor (RPV), no prazo máximo de sessenta dias a contar da entrega dessa ordem à autoridade (art. 13, I, da Lei 12.153/2009). Se a condenação superar o limite de "pequeno valor", então se exige a expedição de precatório requisitório, na forma do art. 100 da CF.

[1] O dispositivo mencionado, do Código de 1973, arrolava nesse dispositivo as seguintes causas: "(a) de arrendamento rural e de parceria agrícola; (b) de cobrança ao condômino de quaisquer quantias devidas ao condomínio; (c) de ressarcimento por danos em prédio urbano ou rústico; (d) de ressarcimento por danos causados em acidente de veículo de via terrestre; (e) de cobrança de seguro, relativamente aos danos causados em acidente de veículo, ressalvados os

casos de processo de execução; (f) de cobrança de honorários dos profissionais liberais, ressalvado o disposto em legislação especial; (g) que versem sobre revogação de doação; (h) nos demais casos previstos em lei". Especificamente a hipótese de cobrança de valores do condômino, hoje, merece atenção cuidadosa, já que se trata de título executivo extrajudicial (art. 784, VIII, do CPC), autorizando desde logo execução pelo rito dos juizados (se for de valor inferior a quarenta salários mínimos) ou pelo regime comum (nos demais casos) ou ainda demanda (pelo rito dos juizados) para a obtenção de título judicial (art. 785 do CPC).

2

V. por todos, ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, Questões relevantes nos processos sob rito sumário. Perícia. Recursos. Juizados especiais cíveis, *Ajuris* 67/173 e ss.

3

V. sobre o tema, entre outros, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*; VITTORIO DENTI, *Un progetto per la giustizia civile*, cit.; ANDREA PROTO PISANI, *Appunti sulla giustizia civile*, cit. (este, em especial, em seu capítulo dedicado às tutelas diferenciadas – Capítulo V).

4

Por um exame mais detalhado do tema, v. HORÁCIO WANDERLEI RODRIGUES, Lei 9.099/1995: a obrigatoriedade da competência e do rito, *Ajuris* 67/186 e ss. jul. 1996.

5

Ver ADA PELLEGRINI GRINOVER, A conciliação extrajudicial no quadro participativo, *Participação e processo*, p. 281.

6

A legitimidade ativa para os Juizados Especiais foi ampliada, na forma apontada no texto, pela Lei 12.126/2009.

7

Os juízes leigos exercem, em geral, a arbitragem. Alguém poderia supor que, com a Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996), pelo fato de ali se prever que o árbitro pode ser qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes (art. 13, *caput*, da Lei 9.307/1996), tivesse sido revogado o art. 7.º, *caput*, da Lei 9.099/1995, na qualificação do agente que pode exercer a função de juiz leigo – podendo o mesmo raciocínio estender-se para as demais regras de arbitragem contidas na Lei 9.099/1995. Ao que parece, porém, a Lei 9.099/1995 deve ser considerada "lei especial". Esta, assim, ainda que anterior à Lei de Arbitragem, não foi revogada. Na verdade, para a arbitragem instituída no interior do procedimento do juizado especial, permanece a regência própria da Lei 9.099/1995.

8

Recorde-se que o réu, sendo pessoa jurídica ou titular de firma individual, pode fazer-se representar nessa audiência ou em qualquer outro ato processual, por preposto credenciado, munido de carta de preposição com poderes para transigir, sem haver necessidade de vínculo empregatício (art. 9.º, § 4.º, da Lei 9.099/1995, com a redação dada pela Lei 12.137/2009).

9

Excluía-se também, nos Juizados Especiais, a possibilidade de ajuizamento de ação declaratória incidental. Como a figura, porém, foi abolida pelo CPC/2015, a previsão perdeu seu interesse.

10

V. MARINONI, ARENHART, MITIDIERO. *Curso de processo civil*, vol. 2.

11

Havendo pedido de prestações vincendas, deve-se somar doze delas às parcelas vencidas para analisar o teto dos Juizados da Fazenda Pública (art. 3.º, § 2.º, da Lei 12.153/2009).

Caso

Wilson propôs uma ação em Juizado Especial Estadual, com o objetivo de impor uma obrigação de fazer ao seu vizinho Jorge. Na sentença, o juiz determinou que Jorge realizasse a prestação, cominando multa de R$ 5.000,00 por dia de descumprimento. O ato só foi efetivamente praticado após 20 dias. O juiz, então, aplicou a multa no valor total de R$ 100 mil, mais juros e correção monetária, impondo-se o pagamento no mesmo processo. Jorge, porém, alega que o valor da multa ultrapassa o "teto" dos Juizados Especiais, sendo possível a execução somente em uma Vara Cível de competência comum, se não reduzido o valor da multa ao máximo da competência dos juizados. A defesa de Jorge tem fundamento?

3. Juizados Especiais Federais

3.1. Generalidades e noções fundamentais

Ao lado dos Juizados Especiais já conhecidos, o direito positivo brasileiro atualmente também reconhece essa categoria diferenciada de órgãos jurisdicionais na esfera da Justiça Federal. A partir da EC 22, de 18.03.1999,[1] passou a estrutura judiciária da Justiça Federal, tal como estabelecida na Constituição Federal, a aceitar esses órgãos como integrantes de seu corpo. Posteriormente, com o advento da Lei 10.259/2001, tal previsão constitucional foi efetivamente disciplinada, tornando realidade os Juizados Especiais Federais.

Correndo o risco de parecer óbvio, é importante mencionar que essa estrutura não corresponde a instituição nova, totalmente desconhecida no âmbito do Poder Judiciário nacional. Ao contrário, trata-se de simples adaptação, à esfera federal, da experiência bem sucedida dos Juizados Especiais Estaduais. Em decorrência disso, a lei não se preocupou em disciplinar de maneira exaustiva o procedimento dos Juizados Especiais Federais. Ao contrário, a Lei 10.259/2001 vem somar-se à Lei 9.099/1995, formando um sistema que procura disciplinar o instituto dos Juizados Especiais Federais, bem como o procedimento a que devem submeter-se os litígios de sua competência. Como é sabido, a Lei 9.099/1995 – que trata dos Juizados Especiais Estaduais – não permitia que, por seu procedimento, fossem veiculadas pretensões em face de órgãos públicos, menos ainda federais.[2] Por isso, mesmo com a Emenda Constitucional que autorizou a criação dos Juizados Especiais Federais, faltava uma lei própria, que fosse capaz de disciplinar em que termos seria utilizável o seu procedimento. A lei veio, e sem abolir os institutos, princípios e filosofia da Lei 9.099/1995, adaptou-se às peculiaridades do tratamento de causas federais.

Em vista de tudo isso, é de se notar que todo o arcabouço teórico e jurisprudencial – ressalvadas algumas particularidades que adiante serão consideradas – formado em relação à Lei de Juizados Especiais é perfeitamente aplicável aos Juizados Federais, haja vista a integração plena entre seus dispositivos.

Assim, o procedimento aplicável aos Juizados Especiais Federais será, em sua essência, o mesmo utilizado pelos Juizados Estaduais. Os prazos, a isenção de custas, a capacidade de estar em juízo, a forma de escolha dos conciliadores e juízes leigos, tudo enfim que não possua disciplina específica na diretiva específica dos Juizados Federais será regido pela lei geral anterior. Esta conclusão, embora singela, permite lidar de modo adequado com algumas omissões significativas da Lei 10.259/2001, as quais poderiam trazer dúvidas incontornáveis quando da aplicação desse juizado específico.

3.2. Capacidade processual para os Juizados Federais

Exemplo daquilo que se acabou de dizer, relativo à complementaridade existente entre as duas Leis, é a questão da capacidade para estar em juízo e postulatória para demandar perante os Juizados Especiais Federais.

A Lei 9.099/1995 é expressa ao tratar do tema, indicando que somente tem capacidade para estar em juízo, na condição de autor, a pessoa *física* capaz,[3] assim também considerado o maior de dezoito anos (art. 8.º, §§ 1.º e 2.º). Outrossim, estabelece a mesma Lei, que, nas causas de até vinte vezes o valor do salário mínimo, está a parte habilitada a postular independentemente da representação (diz a lei "assistência") de advogado, somente carecendo desse profissional nas causas que superem aquela importância.

Já a Lei 10.259/2001 apresenta tratamento bem mais singelo ao caso, limitando-se a dizer, sem aludir à questão da capacidade postulatória do autor, que têm capacidade para estar em juízo, nos Juizados Especiais Federais, "*as pessoas físicas e as microempresas e empresas de pequeno porte, assim definidas na Lei 9.317, de 05.12.1996*" (art. 6.º, I). Põem-se, então, algumas questões: poderá o incapaz demandar perante os Juizados Especiais Federais? Será considerado plenamente capaz, para os fins dos Juizados Federais, o maior de dezoito anos? Será necessária a participação de advogado, para representar os interesses do autor em juízo? Poderão, o insolvente civil e o preso, ser autores de demanda perante os Juizados Especiais Cíveis Federais?

A fim de solucionar tais questões, cumpre manter em mente a previsão do art. 1.º da Lei 10.259/2001, a contemplar a aplicação subsidiária da Lei 9.099/1995 às situações omissas na disciplina específica dos Juizados Especiais Federais. Pautado por esse critério, é de se concluir, em resposta à primeira pergunta, que, em vista da determinação específica, estabelecida no art. 6.º da Lei 10.259/2001, a permitir que se apresente, na condição de autor nos Juizados Especiais Federais, *qualquer pessoa física*, incluem-se igualmente aí os incapazes. Deverá, porém, ser considerado incapaz, para o fim de suprimento de legitimidade *ad processum* nessa instância judiciária, apenas o menor de dezoito anos, haja vista a aplicação subsidiária, nesse procedimento, da previsão contida no art. 8.º, § 2.º, da Lei 9.099/1995.

De outra parte, é de se reconhecer capacidade para litigar como autor nos Juizados Especiais Federais ao insolvente civil e ao preso.[4] Isto porque o art. 8.º da Lei 9.099/1995, por constituir "norma proibitiva", impeditiva de acesso à jurisdição, há de ser interpretada restritivamente, de modo a somente abranger a instância judiciária nela especificamente designada. É certo que existiriam razões ponderáveis para excluir o insolvente civil e o preso da capacidade de ser autor perante os Juizados Especiais Federais. Seja pela dificuldade de se fazerem presentes em juízo (em relação ao preso), seja pela impossibilidade de disporem de seu patrimônio, e assim transigirem (no caso do insolvente), certamente muitas das vantagens do procedimento diferenciado ficariam prejudicadas. Todavia, não se deve esquecer que nem a presença efetiva do autor – que

pode constituir representante, conforme prevê o art. 10 da Lei 10.259/2001 –, nem a impossibilidade de chegar a algum acordo sobre o litígio – o que, aliás, nem poderia ser obrigatório para a parte – são indispensáveis no procedimento específico. Ademais, a celeridade e a informalidade do procedimento são benefícios que não podem ser negados a essas pessoas.

Quanto à necessidade de representação por advogado perante os Juizados Especiais Federais, parece ser mais condizente com o espírito do instituto e com as regras contidas na lei própria, a solução que dispensa essa participação. Observe-se que a dispensa da representação por advogado, nos Juizados Especiais, visa precisamente a permitir, por meio da diminuição dos custos da demanda, que interesses de pequena monta sejam levados à apreciação judicial. Notoriamente, grande parte da litigiosidade reprimida se deve aos elevados gastos com o profissional da área jurídica que deve patrocinar a causa. Impor-se o desembolso desses valores perante o juizado especial federal significa retornar ao passado, na contramão da história, retirando por uma via o que se concede por outra; à outorga de via mais expedita e menos onerosa de proteção dos interesses, opor-se-ia a necessidade de contratar advogado, o que inviabilizaria, por via reflexa, a tutela dos direitos de pequena expressão econômica.

Além dessas considerações de ordem principiológica, outro argumento poderia justificar a desnecessidade de representação por advogado no polo ativo do procedimento dos Juizados Especiais Federais. Trata-se da regra inscrita no art. 10 da Lei 10.259/2001, a afirmar que "*as partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, advogado ou não*". A lei não esclarece se essa representação, mencionada no dispositivo, refere-se à judicial ou a outra espécie de mandato. Poderia alguém sustentar que a previsão relaciona-se à representação negocial (e não à judicial), nada tendo que ver com a questão da capacidade postulatória para os juizados. Essa conclusão poderia estar respaldada pelo disposto no art. 8.º, § 1.º, da Lei 10.259/2001, que prevê que, ressalvada a intimação da sentença, as demais serão feitas diretamente aos advogados das partes (ou dos "procuradores", como diz a regra), o que indicaria obrigatoriedade a presença de advogado, a representar os interesses da parte autora em juízo. É de se ponderar, entretanto, que, se a regra do art. 10 efetivamente buscasse disciplinar questão atinente ao mandato civil perante os juizados, não haveria sentido em fazer expressa alusão à pessoa do advogado. O mandato é negócio jurídico essencialmente *intuitu personae*, sendo natural que o outorgante possa eleger livremente aquele que deve representá-lo no ato designado. A previsão, assim, tornar-se-ia esdrúxula e desprovida de sentido. Somente se considerada como tratando da capacidade postulatória, adquire a regra, em sua inteireza, algum conteúdo, razão pela qual esta deve ser a solução a ser aceita. De outra parte, não violentaria a lógica interpretar o contido no art. 8.º, § 1.º, como referente apenas aos casos em que a parte autora venha efetivamente a fazer-se representar em juízo por advogado.

No que se refere ao polo passivo da demanda, podem aí estar todas as pessoas que

figurariam normalmente como réus em demandas perante a Justiça federal. Assim, podem comparecer nos Juizados Especiais Federais, como rés: a União, as autarquias, as fundações e as empresas públicas federais.

3.3. Competência

Merece alusão, por outro lado, o tratamento dado pela lei dos Juizados Especiais Federais à questão da competência desse órgão. De acordo com o que prevê o art. 3.º dessa Lei, compete aos Juizados Federais processar, conciliar e julgar todas as causas de competência da Justiça federal, de valor igual ou inferior a sessenta salários mínimos, bem como executar suas sentenças. O exame desse teto deve considerar, em caso de postulação de prestações vincendas, o cômputo de doze parcelas (art. 3.º, § 2.º, da Lei 10.259/2001). Exclui-se, porém, de sua competência o exame das ações "referidas no art. 109, II, III e XI, da CF, as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, execuções fiscais e por improbidade administrativa e as demandas sobre direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos"; "sobre bens imóveis da União, autarquia e fundações públicas federais"; "para a anulação ou cancelamento de ato administrativo federal, salvo o de natureza previdenciária e o de lançamento fiscal"; "que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou de sanções disciplinares aplicadas a militares" (art. 3.º, § 1.º, da Lei 10.259/2001).

Perdeu-se, aqui, oportunidade ímpar de conferir ao tema tratamento adequado, evitando os longos debates travados em relação à espécie de critério que determina a competência dos Juizados Especiais Estaduais. Com efeito, ao invés de estabelecer, de forma clara, se é relativa ou absoluta a competência dos Juizados Especiais Federais, apresentou a Lei 10.259/2001 alguns dispositivos esparsos, que praticamente em nada contribuem para a solução do problema mais grave existente nesse campo.

Em especial, chama a atenção o disposto no art. 3.º, § 3.º, da Lei 10.259/2001. Estabelece-se aí que, "no foro onde estiver instalada Vara do Juizado Especial, a sua competência é absoluta". Embora avance em relação à Lei 9.099/1995, indicando a competência absoluta dos juizados, contempla regra que torna absolutamente estranha a sua fixação. Em verdade, trazendo-se a aplicação da norma para o campo da "competência tradicional", seria possível dizer que ela afirma algo como: "A competência das varas criminais é absoluta nas comarcas em que elas existam". Em outras palavras, a norma cinge-se a dizer o óbvio, já que é indiscutível que, dentro do foro, a competência de juízo é absoluta.

A regra, porém, não se presta para solucionar o principal problema da competência dos Juizados Especiais, que é a sua determinação como absoluta ou relativa. Se absoluta, é obrigatória a sua utilização por qualquer pessoa que preencha os requisitos da determinação legal – causas de até sessenta salários mínimos, excluídas aquelas previstas no art. 3.º, § 1.º. Se, porém, é relativa, então constitui mera faculdade atribuída

ao autor valer-se ou não do procedimento e do aparato dos Juizados Especiais Federais. Diante da regra como posta, todavia, é de se perguntar: poderá a parte autora, para evitar submeter a causa ao juizado federal, propor a ação – haja vista a possibilidade de escolha a ela atribuída pelo art. 109, § 2.º, da CF, entre o seu domicílio, o lugar do ato ou do fato que deu origem à demanda ou onde esteja a coisa, ou ainda o Distrito Federal – em outra circunscrição judiciária, que não seja sede de juizado? Em outras palavras, estaria a lei criando uma competência "semiabsoluta", por permitir que a parte escolha o foro onde quer propor a ação, mas não o juízo (dentro daquele, se nele existir juizado especial) em que fará tramitar seu pleito?

A resposta há de ser positiva. Embora confusa a regra, essa é precisamente sua intenção. A solução apontada pela lei é exatamente a mesma aplicável à questão das varas da Fazenda Pública: onde elas existem, sua competência é absoluta; onde não, as ações de interesse do Estado são de atribuição de qualquer outra vara. No campo da Justiça federal, entretanto, em vista da regra acima apontada, que prevê a opção de foro para a propositura de ação em face da União, essa faculdade pode resultar na burla à previsão legal, permitindo que a parte escolha submeter ou não sua demanda ao juizado especial, por meio da indicação da circunscrição em que pretende seja proposta a demanda (em especial quando uma for sede de juizado e a outra não). Infelizmente, parece não haver forma de contornar essa possibilidade. A lei realmente abre espaço para tal situação, sem que se possa dela fugir.

Intrinsecamente vinculada a essa questão, põe-se em discussão a previsão do art. 20 da Lei 10.259/2001, a estabelecer que "onde não houver Vara Federal, a causa poderá ser proposta no Juizado Especial Federal mais próximo do foro definido no art. 4.º da Lei 9.099, de 26.09.1995, vedada a aplicação desta Lei no juízo estadual".

Obviamente, a intenção da lei foi disciplinar a propositura da ação quando no local em que deveria ser proposta a demanda não existir Vara Federal, proibindo, terminantemente, a aplicação do art. 109, § 3.º, *in fine*, da Constituição Federal. Dessa forma, quando o local indicado pelos critérios de competência territorial (fixados no art. 4.º da Lei 9.099/1995) não for sede de Vara Federal, não poderá a parte intentar sua demanda perante o Juizado Especial *Estadual*, devendo recorrer ao Juizado Federal. Novamente, não parece ter sido feliz a disciplina legal. Isto porque nem sempre o Juizado Federal mais próximo corresponderá ao Juizado Federal existente na sede da circunscrição judiciária a que determinada cidade pertence. Mais uma vez, parece estar estabelecida a persistente confusão entre as unidades de competência territorial que norteiam a divisão judiciária na Justiça Estadual (Comarcas) e aquelas utilizadas pela Justiça Federal (circunscrições judiciárias). O problema já foi enfrentado pelo Judiciário brasileiro, em relação às ações coletivas (resultando na edição da Súmula 183 do STJ, em bom tempo já superada), na qual ficava clara a confusão entre tais critérios ou, antes disso, o esquecimento em relação à existência das chamadas circunscrições judiciárias. O dispositivo em exame, uma vez mais, reflete a dificuldade que se tem em lidar com essa unidade territorial federal. A

previsão nitidamente deixa de lado esse critério, para valer-se de outro, evidentemente menos preciso e metajurídico, que é a proximidade com a sede do Juizado Federal. Ao invés de partir para a solução mais simples (e muito mais adequada), que seria indicar a competência da *Vara Federal* (*rectius*, do Juizado Especial Adjunto) existente na circunscrição, resolveu a lei apontar para o Juizado Especial mais próximo. É de se perguntar, então, se, no caso de estar o interessado em Município que não seja sede de Vara Federal, mas pertença à circunscrição judiciária "A", estando ele mais próximo da sede da circunscrição judiciária "B", haveria ele de propor sua demanda perante esta ou aquela.

Adotando a solução literal, proposta pela lei, a resposta seria no sentido de que deveria o interessado apresentar sua ação perante o Juizado Especial existente na circunscrição judiciária "B", ainda que ele esteja domiciliado na área abrangida pela circunscrição "A". Ocorre, porém, que esse critério é de difícil aferição, sendo ilógico e sem sentido imaginar que essa eleição possa dar-se porque a circunscrição "A" fica a dez quilômetros do local do ato (de que resulta a ação), enquanto a "B" está a quinze quilômetros deste lugar. Não obstante tenha sido boa a intenção do legislador ao fixar a proximidade como critério determinante, é de se concluir ser ela completamente desajustada para a fixação da competência territorial *in casu*.

A divergência a respeito da interpretação quanto à competência entre juizados especiais deve ser solucionada no próprio âmbito dos Juizados, por meio das turmas recursais. Já os conflitos de competência entre Juizados Especiais Federais e Varas Comuns Federais da mesma seção judiciária são resolvidos pelos Tribunais Regionais Federais.[5]

3.4. O procedimento

Em termos de procedimento, poucas são as diferenças existentes entre o procedimento dos Juizados Estaduais e o procedimento dos Juizados Federais. Em razão da presença de ente público no processo, algumas garantias permanecem, mesmo diante da informalidade que se pretende imprimir ao procedimento. Assim, as citações e intimações feitas à União obedecem às previsões especiais, contidas na LC 73/1993. São, por consequência, pessoais, e devem ser feitas à autoridade especificada, sob pena de nulidade. Na mesma linha, as citações das autarquias, das fundações e das empresas públicas federais devem ser feitas à autoridade máxima da entidade no local ou em sua sede.

De outra parte, excetuando-se a intimação da sentença, que deve ser pessoal, por meio de carta registrada, todas as demais comunicações são realizadas apenas aos advogados ou procuradores, facultando-se o uso, nos tribunais, do meio eletrônico para tanto (art. 8.º e seus parágrafos, da Lei 10.259/2001).

Visando dar maior celeridade ao procedimento do juizado, torna a lei inaplicáveis os

prazos diferenciados existentes no Código de Processo Civil para a Fazenda Pública (art. 9.º da Lei 10.259/2001).

Impõe-se, ademais, o dever de a entidade pública oferecer toda a documentação relevante para a causa, até a realização da audiência de conciliação. A previsão não traz nenhuma novidade, já que é reflexo do dever geral de colaboração (arts. 6º, 378, 379 e 380 do CPC) e, em especial, do princípio da moralidade administrativa (art. 37 da CF). Todavia, tem ela o intuito de facilitar o procedimento, desobrigando o autor a requerer, na inicial, a exibição de documentos em face de órgãos públicos (art. 438 do CPC[6]).

Frise-se, por outro lado, que o art. 10, parágrafo único, da Lei 10.259/2001, outorga expresso poder aos representantes judiciais dos entes públicos para transigir. Também faculta ao juiz, para subsidiar o acordo, valer-se de exame pericial (técnico), que também pode ser usado para fundamentar a sentença (art. 12 da Lei 10.259/2001).

No mais, o procedimento em 1º grau será aquele previsto pela Lei 9.099/1995, com a ressalva de que somente o juiz pode presidir a instrução da causa, ainda que possa valer-se de conciliador para a tentativa de autocomposição do litígio (arts. 16 e 26 da Lei 12.153/2009).

3.5. Arbitragem e Juizado Especial Federal

No que tange à utilização da arbitragem, é de se notar que a Lei 10.259/2001 não faz qualquer alusão à possibilidade de recurso a essa via. Menciona-se, a par do juiz togado, apenas a figura do conciliador (art. 18, *caput*, segunda parte), sem qualquer previsão sobre a pessoa do árbitro. Não obstante isso, diante da aplicação subsidiária das regras da Lei 9.099/1995, como determinado pelo art. 1.º da Lei 10.259/2001, é de se perguntar sobre a viabilidade ou não da submissão da questão controvertida à arbitragem, nos moldes do contido na Lei dos Juizados Especiais Estaduais.

É correto, em princípio, dizer que os interesses “federais” (e “estatais” em geral) não podem submeter-se à arbitragem, em razão de sua indisponibilidade. Todavia, essa conclusão apenas se sustenta em termos muito gerais, já que há várias situações em que o interesse público sujeita-se, por expressa autorização legal, à arbitragem, a exemplo de questões ligadas a concessões de serviço público (art. 23, XV, da Lei 8.897/1995) ou a parcerias público-privado (art. 11, III, da Lei 11.079/2007).

Ademais, especificamente no campo dos juizados, ao autorizar a conciliação em relação a esses interesses – outorgando, até mesmo, *ex lege*, autorização para que os representantes legais dos órgãos públicos federais possam conciliar e transigir[7] nos procedimentos submetidos aos Juizados Federais – a lei certamente torna mais flexível aquela vedação genérica. Ora, se é possível que a Administração Pública transija sobre seus interesses, abdicando de parte deles, por que não seria admissível também que ela submetesse esses interesses à arbitragem, considerando que isto é um *minus* em relação

àquilo? Se a Administração Pública pode transigir, por que não pode submeter-se à arbitragem?

É certo que a Lei 10.259/2001 não teve a intenção de autorizar a arbitragem nos Juizados Federais. Entretanto, mostra-se injustificável tal negativa, em vista da permissão posta a respeito da transação e da conciliação. Ora, sempre que possível for a conciliação (ou a transação), deverá também estar autorizada a arbitragem, pena de se dar tratamento distinto a situações iguais. A arbitragem deverá ser presidida pelas mesmas regras que disciplinam a figura perante os Juizados Especiais Estaduais, à míngua de previsões específicas.

Calha observar, por fim, que a Lei 13.129/2015 corrobora amplamente essa conclusão ao expressamente admitir o emprego da arbitragem para a administração pública direta e indireta dirimir conflitos "relativos a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1.º, § 1.º, da Lei 9.307/1996, inserido pela Lei 13.129/2015).

3.6. Os recursos nos Juizados Especiais Federais

Ao tratar dos aspectos distintivos da lei que disciplina os Juizados Federais, impossível seria deixar de fazer algumas considerações sobre a sistemática recursal adotada por esses órgãos. Em se tratando de direitos relativos ao patrimônio e ao interesse públicos, é natural que a lei tenha tomado maior cautela nessa disciplina – em relação ao regime adotado pelos Juizados Especiais Estaduais – forrando o procedimento de maiores garantias no plano recursal.

A Lei 10.259/2001 permite recursos apenas da sentença definitiva e das decisões proferidas em relação às medidas de natureza antecipatória ou assecuratória (art. 5.º). As decisões desses juizados não estão sujeitas, em hipótese alguma, ao reexame necessário (art. 13), mas apenas a quatro espécies recursais: o recurso inominado, os embargos de declaração, o pedido de uniformização de interpretação de lei federal (art. 14) e o recurso extraordinário (art. 15).

Observe-se que a Lei 10.259/2001 não prevê, expressamente, o cabimento do recurso inominado (semelhante à apelação, previsto no art. 41 e ss. da Lei 9.099/1995) para as turmas recursais. Todavia, é intuitivo o cabimento desse recurso, tendo em conta a menção, na Lei 10.259/2001, às turmas recursais (art. 21). Ora, considerando que essa lei não menciona, em momento algum, qual é a competência dessas turmas recursais – e porque não se pode entender que elas existem para nada – é de se lhes aplicar o conteúdo da Lei Geral dos Juizados Especiais (Lei 9.099/1995), atribuindo-lhes a competência para julgar os recursos contra as sentenças definitivas proferidas nos Juizados Federais.

Os Juizados Federais também admitem os embargos de declaração (arts. 48 a 50 da Lei 9.099/1995). Embora não pelo mesmo fundamento antes apontado, tratando-se de

mecanismo de aperfeiçoamento da decisão judicial, impõe-se a conclusão de que a Lei dos Juizados Especiais Federais admite essa via recursal, mesmo porque nada há de incompatível em suas disposições com o transporte dessa figura da lei geral (Lei 9.099/1995).

Quanto ao recurso extraordinário, é intuitivo seu cabimento, haja vista a disciplina da figura, contemplada pela Constituição Federal (art. 102, III). É assim em relação aos Juizados Especiais Estaduais e nenhuma razão justificaria a restrição em face dos Juizados Federais.

Importa, contudo, analisar com maior cautela a figura do pedido de uniformização, previsto no art. 14 da Lei 10.259/2001. Conforme estabelece o *caput* desse artigo, "caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por turmas recursais na interpretação da lei". A figura, como se vê, é admitida apenas quando houver divergência a respeito de direito material – sendo descabido o instituto quando a dissidência envolver questão de direito processual ou questão de fato.[8] Tem-se exigido, ademais, uma modalidade própria de "prequestionamento", de modo que não se admite o incidente que aponta tese nova, não submetida às instâncias anteriores.[9]

Quando a divergência for verificada entre turmas recursais componentes da mesma região, terá competência para dirimir o conflito um órgão formado pela reunião das turmas envolvidas. Se a divergência ocorrer entre turmas de regiões distintas (ou ainda quando a decisão da turma recursal ofender súmula ou jurisprudência dominante do STJ), então a questão será decidida por uma Turma de Uniformização, formada por juízes pertencentes a turmas recursais, sob a presidência do "coordenador" da Justiça federal (art. 14, § 2.º, da Lei 10.259/2001). De toda sorte, caso a decisão da Turma de Uniformização (não das turmas reunidas, de acordo com o que prevê o art. 14, § 4.º, da Lei 10.259/2001) contrarie súmula ou jurisprudência dominante do STJ, cria a lei a possibilidade de revisão dessa decisão por essa Corte, mediante provocação da parte – cabendo aqui, até mesmo, conferir efeito suspensivo a esse pedido, por meio do qual, mediante a conjugação dos requisitos de plausibilidade do direito invocado e do receio de dano de difícil reparação, poderá o relator determinar a suspensão dos processos nos quais se verifica a divergência, extensível a outros casos semelhantes, decididos por turmas recursais (art. 14, §§ 5.º e 6.º, da Lei 10.259/2001).

Deste breve resumo do instituto, nota-se que ele constitui nova figura recursal, assemelhada aos embargos de divergência, cuja finalidade básica é de manter a uniformidade na interpretação do *direito material* de interesse federal. Cria-se, então, nova instância recursal, além das turmas recursais, com finalidade específica de tornar idêntica a aplicação do direito federal. Infeliz foi a previsão, porque vai na contramão de toda filosofia (e dos princípios) que fundamenta os Juizados Especiais. Se a intenção desse juízo especializado é fornecer tutela rápida e eficiente a direitos de menor complexidade e menores reflexos econômicos, prever novo grau de jurisdição é, indubitavelmente,

contrariar toda a essência do instituto. Outrossim, a escassa disciplina recebida pelo instituto na lei certamente dificultará sua aplicação, já que não são determinados prazos para a interposição da medida, forma, legitimidade ou outras questões essenciais para o funcionamento da figura.[10]

Poderia alguém afirmar que a necessidade da previsão em tela se justifica na medida em que se põe em disputa o interesse público, tangente ao patrimônio público. Pondere-se, entretanto, que a divergência em relação ao direito federal não justifica a previsão de nova instância recursal (mais do que justificaria em qualquer outra espécie de juízo – inclusive nos Juizados Especiais Estaduais). Se semelhante figura nunca foi pensada em relação a outros órgãos do Poder Judiciário, descabida se mostra sua contemplação apenas em face das causas que podem ser levadas aos Juizados Federais.

Pior ainda é a previsão do pedido dirigido ao STJ, na forma estabelecida pelo art. 14, § 4.º, da Lei 10.259/2001. Como dito anteriormente, se a decisão da Turma de Uniformização ofender súmula ou jurisprudência predominante do STJ, caberá ao interessado provocar sua manifestação, no intuito de dirimir a divergência. No exame desse "incidente", poderá o STJ conferir-lhe efeito suspensivo, que estenderá seus efeitos para além da divergência específica (objeto do questionamento), atingindo também qualquer outro pedido de uniformização, que ficará retido nos autos, perante as turmas recursais, até a decisão da Corte.

A figura, sem sombra de dúvida, apresenta uma nova espécie de recurso especial, "travestida" em inocente regra de lei. Obviamente, o que se está prevendo é a possibilidade de "recurso especial" ao STJ (baseado em contrariedade às suas súmulas ou à sua jurisprudência dominante), em caso não contemplado pelo art. 105, III, da CF. Portanto, é clara a inconstitucionalidade da figura, que por via oblíqua busca superar debate surgido no campo dos Juizados Especiais Estaduais.

Sabe-se que, diante dos Juizados Especiais Estaduais, mostra-se incabível a interposição de recurso especial contra a decisão final da turma recursal, precisamente porque esta não se confunde com um tribunal.[11] Também a turma recursal federal, ou mesmo a Turma de Uniformização agora criada, não é tribunal, razão pela qual a mesma conclusão se impõe. Mediante artifício, buscou-se superar a previsão constitucional, criando-se figura inominada – ainda que com a mesma finalidade e a mesma utilidade do recurso especial – dirigida ao STJ. Inquestionável é a inconstitucionalidade do "incidente", pois cria nova hipótese de recurso especial (ainda que mascarado), fora dos casos previstos exaustivamente no Texto Constitucional.

3.7. A atuação dos provimentos emanados dos Juizados Especiais Federais

Por derradeiro, resta fazer algumas observações tópicas a propósito da forma de atuação dos provimentos emanados dos Juizados Especiais Federais. Como se sabe, o sistema de precatórios requisitórios e as dificuldades inerentes à execução contra a

Fazenda Pública tornam normalmente impossível encontrar efetividade nas condenações impostas ao Estado.

Atento a essa circunstância – e orientado pelo critério de que o Poder Judiciário (do qual advém a ordem que deve ser cumprida) também pertence ao Estado, sendo absolutamente anacrônica a desconfiança tradicional depositada na autoridade do juiz –, o legislador criou mecanismo mais adequado e atual ao cumprimento das decisões judiciais. As decisões dos juizados são cumpridas por meio de determinação específica, veiculada por simples ofício.

Nesse sentido, as prestações – de cunho obrigacional ou não – de fazer ou não fazer, bem como as de entrega de coisa, deverão ser cumpridas pela autoridade pública logo após o trânsito em julgado da sentença, ou assim que estiver acabado o prazo para impugnação do acordo celebrado entre as partes. Para tanto, em não havendo cumprimento espontâneo pela autoridade, cabe ao magistrado expedir ofício, com cópia da sentença ou do acordo, ordenando o imediato cumprimento da determinação (art. 16 da Lei 10.259/2001). Obviamente, a desatenção a essa ordem acarretará, para a autoridade negligente, as consequências administrativas, civis e criminais pertinentes.

Em relação às obrigações pecuniárias (de pagar quantia certa), fica dispensado o regime de precatório requisitório (art. 100, § 3.º, da CF). Tais pagamentos serão objeto de ordem específica do juiz (art. 17, *caput*, da Lei 10.259/2001). Expedido o comando, tem a autoridade prazo de sessenta dias, contados da entrega da requisição, para promover o pagamento, depositando o valor respectivo junto à agência mais próxima da Caixa Econômica Federal ou no Banco do Brasil, independentemente de precatório (art. 17, *caput*, *in fine*, da Lei 10.259/2001). Desatendida a ordem, além das sanções civis, criminais e administrativas adequadas,[12] o fato acarreta o sequestro, ordenado pelo juiz, do numerário suficiente à satisfação do crédito (art. 17, § 2.º, da Lei 10.259/2001), diretamente junto à conta do ente público renitente.

Cumpre observar que esse rito diferenciado, para o pagamento de créditos decorrentes de decisão tomada no Juizado Especial, apenas se aplica (com a dispensa de precatórios) para os casos autorizados na Constituição Federal (art. 100, § 3.º), ou seja, para créditos de pequeno valor, assim considerados, no âmbito federal, aqueles de até sessenta salários mínimos. Se eventualmente a decisão judicial, ainda que tomada no âmbito do Juizado Especial, ultrapassar esse limite, por qualquer razão que seja, a ordem judicial mencionada acima não será para o pagamento imediato, mas consistirá na expedição de precatório (art. 17, § 4.º, da Lei 10.259/2001). Nesse caso, novamente não haverá processo de execução, mas apenas a expedição imediata de precatório requisitório, após o trânsito em julgado da decisão final do juizado especial, ou a preclusão do acordo havido. De toda sorte, nessa hipótese, e em razão dos inconvenientes do regime de precatório, pode a parte autora optar pela renúncia do excedente ao teto dos Juizados Especiais, a fim de beneficiar-se do imediato pagamento (art. 17, § 4.º, da Lei 10.259/2001).

Exatamente por conta desse excepcional instrumento, forra-se a lei contra abusos, de quem pretenda violar, de forma oblíqua, o espírito dos Juizados Especiais. Por isso mesmo, prevê o art. 17, § 3.º, da Lei 10.259/2001 que "são vedados o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, de modo que o pagamento se faça, em parte, na forma estabelecida no § 1.º desse artigo, e, em parte, mediante expedição do precatório, e a expedição de precatório complementar ou suplementar do valor pago". A função do preceito é intuitiva: evitar que alguém, ciente da rapidez do procedimento instituído para o juizado especial, beneficie-se deste, recebendo imediatamente parte de seu crédito, aguardando a percepção do restante por meio do precatório. Afinal, a regra da Constituição Federal é clara, apenas dispensando, do regime de precatório, os *créditos de pequeno valor* (art. 100, § 3.º, da CF).

1

O seu art. 1.º acrescentou ao art. 98 da CF, um parágrafo único, com a seguinte redação: "Lei federal disporá sobre a criação dos Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal". A EC 45/2004 renumerou este dispositivo para § 1.º, mantendo seu conteúdo.

2

Com efeito, o art. 3.º, § 2.º, da Lei 9.099/1995, afirma que as causas de interesse da Fazenda Pública estão excluídas da competência dos juizados, sendo que seu art. 8.º, *caput*, expressamente exclui a União e as suas empresas públicas de figurarem como partes nos Juizados Especiais.

3

Excluídos o preso e o insolvente civil (art. 8.º, *caput*).

4

Obviamente, a alusão ao preso, aqui, não se refere à sua participação nos Juizados Especiais Federais *criminais*, porquanto isso seria mais que evidente. Busca-se investigar a possibilidade de o preso ser parte em demanda civil.

5

"Compete ao TRF decidir os conflitos de competência entre juizado especial federal e juízo federal da mesma seção judiciária" (Súmula 428 do STJ)."

6

"Art. 438. O juiz requisitará às repartições públicas, em qualquer tempo ou grau de jurisdição: I – as certidões necessárias à prova das alegações das partes; II – os procedimentos administrativos nas causas em que forem interessados a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios ou entidades da administração indireta (…)."

7

A Lei 10.259/2001 afirma, no seu art. 10, parágrafo único, que é possível aos representantes legais dos órgãos públicos federais *desistir*, o que, porém, é de se estranhar (salvo em relação às medidas de natureza antecipatória ou cautelar – art. 4.º desta Lei), considerando que somente podem ser autores perante os juizados as pessoas físicas e microempresas ou empresas de pequeno porte (art. 6.º, I, da Lei 10.259/2001) e nunca as entidades da Administração Pública, o que as impossibilita de *desistir* de qualquer ação.

8

Súmula 42 da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais: "Não se conhece de incidente de uniformização que implique reexame de matéria de fato".

9

Questão de Ordem n. 10 da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência: "Não cabe o incidente de uniformização quando a parte que o deduz apresenta tese jurídica inovadora, não ventilada nas fases anteriores do processo e sobre a qual não se pronunciou expressamente a Turma Recursal no acórdão recorrido".

10

O procedimento foi delegado, todo, pelo art. 14, § 10, da Lei 10.259/2001, aos tribunais (Tribunais Regionais Federais, STJ e STF), em regra de duvidosa constitucionalidade, ao menos no que se refere às atribuições dos Tribunais Regionais Federais.

11

Lembre-se que, nos termos do art. 105, III, da CF, o recurso especial somente cabe contra as decisões de *tribunais*.

12

Não se aplica às dívidas da Fazenda Pública, inclusive àquelas sujeitas ao regime dos Juizados Especiais Federais, a multa de dez por cento, a que alude o art. 523, § 1.º, do CPC, por força do que prevê o art. 534, § 2º, do mesmo Código.

Caso

Ruy acredita, em razão de sua incapacidade total e permanente para o trabalho, ter direito ao benefício de aposentadoria por invalidez já há 4 anos, quando fez o requerimento junto ao INSS, posteriormente indeferido. Sabendo que o valor do benefício seria de aproximadamente dois salários mínimos e que o Município de seu domicílio é sede de Vara Federal de competência comum e de Juizado Especial Federal, Ruy poderia, para obter a aposentadoria desde o requerimento administrativo, utilizar-se do juizado?

PARTE V - AS AÇÕES CONSTITUCIONAIS

(Autores)

Luiz Guilherme Marinoni

Sérgio Cruz Arenhart

Daniel Mitidiero

1. Mandado de segurança individual e coletivo

1.1. Rápida evolução do instituto nas Constituições brasileiras

Muito do *status* hoje atribuído ao mandado de segurança deve ser tributado ao papel por ele desempenhado na história. Atualmente, talvez não faça sentido – diante de todo o arcabouço de remédios processuais disponíveis – emprestar tamanha importância a este instituto, sobretudo em razão da proteção constitucional de *todo* direito de ação (art. 5.º, XXXV, da CF). Porém, voltando os olhos para o passado, nota-se o crucial papel desenvolvido por esse instituto e o reflexo de seu emprego para a busca contemporânea pela efetividade de toda prestação jurisdicional.

A doutrina nacional concebe o mandado de segurança como instituto tipicamente nacional, ainda que reconheça suas raízes em figuras do velho direito lusitano e na inspiração de outros sistemas processuais americanos.[1] É certo que na base dessas figuras todas estão os processos interditais, que eram familiares ao ordenamento nacional desde suas origens romanas. Porém, o processo comum nacional sempre foi carente de tutela processual capaz de dar resposta, pronta e impositiva, contra agressões do próprio Estado a direitos individuais. Tentou se utilizar do *habeas corpus* e de interditos possessórios para suprir essa lacuna, mas esse emprego extensivo foi rechaçado pela jurisprudência. Por outro lado, a Lei 221/1894, previa medida para anular atos do Poder Público que fossem lesivos a direitos individuais; todavia, seu rito não possuía a rapidez necessária para combater os excessos da Administração Pública, nem havia o caráter mandamental que se esperava desta medida. Para atender a esse vácuo é que foi concebido o mandado de segurança nacional.

O instrumento foi cogitado, pela primeira vez,[2] no Congresso Jurídico de 1922, em tese relatada pelo Min. Muniz Barreto. Sua inspiração declarada era o *amparo* mexicano e tinha por finalidade atender a direitos que pudessem ser provados de plano, não amparados

pelo *habeas corpus*. Porém, somente em 1926 a proposta foi formalmente apresentada como projeto de lei (PL 148), absorvido, ulteriormente, pelo Texto da Constituição da República de 1934.[3]

Naquele Diploma, a figura foi prevista no art. 113, § 33, sob a rubrica "dos direitos e das garantias individuais". Possuía o rito do *habeas corpus* e seria cabível sempre que a proteção de direito "certo e incontestável" fosse lesado ou ameaçado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de autoridade.[4]

A Constituição da República de 1937 silenciou a respeito do mandado de segurança,[5] que somente voltou a ter *status* constitucional com a Carta Política de 1946 (art. 141, n. 24). O instrumento foi previsto também na Constituição de 1967 (art. 150, § 21) e na EC 1/1969 (art. 153, § 21).

Em todos esses diplomas, a figura vem desenhada como instrumento para a proteção de direitos individuais "evidentes", não amparados pelo *habeas corpus*, que estejam sendo violados ou ameaçados por ato ilegal de autoridade. Somente com o Texto Constitucional atual é que a medida foi ampliada para prever também a proteção a direitos coletivos (art. 5.º, LXX), e para autorizar seu cabimento contra ato de particulares que desempenhem atividade pública, algo que a jurisprudência anterior já consagrara.

1.2. O direito à tutela jurisdicional adequada e o mandado de segurança

Antes do exame do preceito constitucional em comento e de sua estrutura infraconstitucional, impõe-se a reflexão sobre qual a importância da previsão no Texto Constitucional do direito ao mandado de segurança.

Certamente, esse relevo não decorre apenas do fato de que esse *status* constitucional põe o instituto a salvo de qualquer tentativa de sua eliminação do ordenamento nacional. Embora isso também seja importante, é necessário perceber que, ao figurar o mandado de segurança como garantia fundamental, a par da sua dimensão negativa (como direito de defesa) dota-se o instrumento de toda a carga hermenêutica positiva, de direito a proteção jurídica, a exigir que o intérprete sempre lhe confira o mais amplo e eficaz alcance.

Vale dizer que a concepção do mandado de segurança como um direito fundamental vincula o Estado (aí pensado não só o Poder Executivo, mas também, e especialmente, o Judiciário e o Legislativo) a conferir a essa figura a maior eficácia possível. Elimina-se, com isso, a possibilidade de outorgar qualquer interpretação ao procedimento do mandado de segurança – não extraída diretamente do Texto Constitucional – que possa limitar, inviabilizar ou neutralizar seu uso em caso específico. Mais do que isso, torna-se *inconstitucional* qualquer negligência do Estado em conferir a este instrumento a mais ampla, irrestrita, eficaz e adequada aplicação.[6] A garantia constitucional do mandado de segurança, então, exige do Estado proteção maximizada, impondo-lhe o dever de: (*a)* criar leis que disciplinem seu procedimento de modo a torná-lo célere, amplamente acessível

(subjetiva e objetivamente)[7], eficaz; e (*b)* conferir, especialmente pelo Poder Judiciário, interpretação aos dispositivos que tratam do mandado de segurança, que seja sempre a mais favorável ao cabimento, à tramitação e à efetivação desse instrumento.

Por esse prisma, mostram-se insustentáveis todas as interpretações – ainda comuns no Judiciário – tendentes a amesquinhar o instituto em exame. Não se legitimam, assim, por exemplo, decisões que extinguem o mandado de segurança impetrado perante juízo incompetente (sem a remessa do feito ao órgão competente); que entendem inaplicável ao mandado de segurança a permissão de o magistrado invocar em sua decisão, para acolher o pedido, fundamento de direito distinto daquele apontado pelo autor da ação; ou que concluem pela impossibilidade da correção do polo passivo do mandado de segurança, impondo a sua extinção.[8] As razões que sustentam essas conclusões são completamente inconciliáveis com a fundamentalidade do direito ao mandado de segurança.

Por outro vértice, é necessário que o Legislativo – ou em sua omissão, o próprio Poder Judiciário – outorgue instrumentos de efetivação da ordem de mandado de segurança que sejam realmente capazes de conferir imperatividade a este comando. A tutela criminal da ordem de mandado de segurança tem-se mostrado flagrantemente inadequada para dar guarida a esta importante medida. Isso porque a caracterização da conduta do agente (omisso em cumprir a determinação do mandado de segurança) como crime exige que este tenha agido com dolo, o que nem sempre é de fácil comprovação. Ademais, a pena prevista para o crime de desobediência (até seis meses, segundo o art. 330 do CP) sujeita o infrator a vários benefícios que tornam praticamente inócuo o comando expedido por meio do mandado de segurança.

Diante disso, impõe-se a admissão de mecanismos coercitivos amplos, semelhantes aos existentes para a tutela de qualquer prestação de fazer, não fazer e entregar coisa (arts. 536, 537 e 538 do CPC), de modo a imprimir força à decisão oriunda do mandado de segurança.

1.3. Perfil constitucional do mandado de segurança

Segundo prescreve o art. 5.º, LXIX, da Constituição da República, a concessão do mandado de segurança está condicionada à existência de, basicamente, dois elementos. Primeiramente, exige-se a existência de direito líquido e certo, não protegido por *habeas corpus* ou *habeas data*. Em segundo lugar, é necessário que aquele direito seja objeto de ilegalidade ou abuso de poder praticado por autoridade pública ou pessoa investida em atribuições do Poder Público.

A noção de direito líquido e certo não tem, ao contrário do que a expressão possa sugerir, qualquer relação com espécie particular de direito. A rigor, todo direito que exista é líquido e certo, sendo evidente que a complexidade do raciocínio jurídico – que pode ser mais acessível para alguém e menos para outrem – não tem nenhuma relação com mencionada categoria. A liquidez e certeza do direito têm sim vinculação com a maior ou

menor facilidade na *demonstração dos fatos* sobre os quais incide o direito. Desse modo, a questão do direito líquido e certo se põe no campo da *prova* das afirmações de fato feitas pelo impetrante. Vale dizer que o mandado de segurança exige que o impetrante possa demonstrar sua alegação por *prova indiscutível* em seu conteúdo, ou seja, valendo-se de *prova direta*, em específico, da prova documental.[9]

A expressão "direito líquido e certo", portanto, liga-se à forma de cognição desenvolvida no mandado de segurança, que exige prova pré-constituída das alegações postas pela parte impetrante. Não há, então, qualquer relação com espécie particular de direito subjetivo. Em conta disso, vem-se exigindo que as afirmações de fato trazidas pelo autor na petição inicial sejam demonstradas de pronto, por meio de prova documental.

Quanto ao segundo requisito, este abrange qualquer ato, omissão ou ameaça de violação praticado por pessoa investida de poderes estatais. Embora o Texto Constitucional não seja claro a este respeito, é evidente que a proteção do mandado de segurança não é outorgada apenas para violações já ocorridas. Também a ameaça de lesão está abrangida pelo espectro de proteção do mandado de segurança, até em razão do que dispõe o art. 5.º, XXXV, da Lei Maior.[10]

Pouco importa se o agente infrator é ou não investido de *cargo público*, como deixa claro a redação dada pela Constituição de 1988 ao instrumento em estudo. Bastará que esteja exercendo poderes e atribuições públicos, para que possa estar sujeito ao mandado de segurança. Assim, admite-se a impetração de mandado de segurança contra ato de particular, desde que esteja no exercício de alguma atividade pública, como é o caso de empresas públicas que, no que respeita às suas atividades negociais, não estão sujeitas a essa medida, podendo, porém, ser demandadas em mandado de segurança quando agirem como autoridades (em razão de licitação que pratiquem, de concursos para preenchimento de seus quadros etc.).

1.4. A estrutura infraconstitucional do mandado de segurança

A disciplina atual do mandado de segurança, no direito infraconstitucional, é dada pela Lei 12.016, de 07.08.2009. Antes, o tema era regido pela Lei 1.533/1951. Esta Lei, que vigeu por mais de meio século tratando do mandado de segurança, merecia efetiva reforma. Porém, as alterações verificadas pela nova lei são, no geral, insignificantes, tendo perdido o legislador importante momento para realizar profunda alteração e modernização no sistema do mandado de segurança. Substancialmente, a nova lei se limitou a consolidar, como direito positivo, entendimentos já cristalizados na jurisprudência, que, a seu turno, refletem discussões antigas, que hoje são irrelevantes.

Apesar disso, muitas das características impressas ao mandado de segurança por sua lei de regência são ainda hoje elogiáveis, sobretudo a simplificação e a sumarização de seu rito.

Segundo prevê a lei, o mandado de segurança constitui causa prioritária, que tem tramitação preferencial sobre qualquer outra espécie de demanda, salvo o *habeas corpus* (art. 20 da Lei 12.016/2009). Na realidade, a lei nova, nesse particular, apresenta certa inconsistência, já que o preceito acima indicado conflita com o contido no art. 7.º, § 4.º, da mesma Lei, que afirma que a prioridade existirá apenas quando for deferida liminar no mandado de segurança. Obviamente, porém, embora a contradição entre os preceitos, é o art. 20 que deve prevalecer, na medida em que o mandado de segurança é garantia fundamental constitucional, que não pode estar sujeito ao regime geral dos procedimentos judiciais. Assim, em que pese a contradição, não pode haver dúvida sobre a prioridade de tramitação do mandado de segurança em qualquer dos seus casos.

1.4.1. Mandado de segurança preventivo e repressivo

Pode a medida ter por objeto ato já praticado (mandado de segurança *repressivo*) ou ainda ameaça de ato (mandado de segurança *preventivo*).

Neste último caso, tendo em vista que o ato coator ainda não se concretizou, bastará ao requerente que demonstre objetivamente que há efetivo risco de que o ato venha a ocorrer. Vale dizer que o simples temor subjetivo da parte, de que possa ocorrer algum ato de autoridade lesivo ao seu interesse, é insuficiente para a concessão do mandado de segurança. É necessário que a ameaça que legitima o recurso a esta ação externe-se por elementos objetivos e concretos, que apontem para a efetiva lesão futura ao direito afirmado. Não basta, neste passo, a existência de temor subjetivo da parte, em relação à violação ulterior de seu direito; é necessário que este receio seja justificável de forma objetiva e concreta. Conforme sublinha CAIO TÁCITO,[11] o mandado de segurança preventivo deve revestir-se de um pressuposto indispensável, que é a *ameaça a direito líquido e certo*. Esta ameaça deve caracterizar-se pela ideia do *justo receio*, ou seja, por um temor qualificado por demonstrações inequívocas e objetivas, da autoridade, tendentes à violação do direito a ser protegido. Segundo assinala o autor, este justo receio se demonstra através de “atos preparatórios ou de indícios razoáveis”,[12] dirigidos no sentido de apontar para a futura violação ao direito.[13]

Não é outra a orientação fornecida pela jurisprudência nacional. Os tribunais brasileiros vêm sempre exigindo que a ameaça (necessária a autorizar a concessão da tutela preventiva) se exteriorize, e seja demonstrada no processo, por elementos materiais específicos e concretos. É pacífico o entendimento do STJ no sentido de que, no mandado de segurança preventivo, não basta o mero julgamento subjetivo, promovido pelo impetrante, para conformar o receio justo, exigido pela lei; ao revés, exige-se “que a ameaça a esse direito se caracterize por atos concretos ou preparatórios de parte da autoridade impetrada, ou ao menos indícios de que a ação ou omissão virá a atingir o patrimônio jurídico da parte”.[14] Também esta já era a posição do extinto TFR, como se nota de acórdão conduzido pelo Min. Torreão Braz, em que se concluiu que “para viabilizar o mandado de segurança preventivo, é necessário a ocorrência de situação concreta e

objetiva indicativa de iminente lesão a direito líquido e certo".[15]

Conclui-se, então, que, para a concessão da proteção, na via do mandado de segurança preventivo, é necessário que o impetrante demonstre, ao menos por indícios, a existência de algum dado concreto e objetivo capaz de justificar o receio manifestado em seu pedido. Inviável, por isso mesmo, a sua concessão exclusivamente com base nas simples afirmações da parte autora ou no temor psicológico demonstrado por ela inicialmente.

1.4.2. Prazo para a impetração

Segundo dispõe o art. 23, da Lei de Mandado de Segurança (LMS), identicamente ao que previa o art. 18 da Lei 1.533/1951, esta medida poderá ser ajuizada no prazo de até 120 (cento e vinte) dias da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.

Muito se discutiu – especialmente na vigência da lei anterior – a respeito da constitucionalidade desse dispositivo, já que o Texto Constitucional em nenhum momento alude a prazo ou a essa espécie de condicionante para a impetração desse remédio. Ora, em se tratando de garantia constitucional, não se pode admitir que o direito infraconstitucional limite aquilo que não foi expressamente desejado pelo Texto da Constituição da República. É evidente que a imposição de prazo para a impetração da segurança constitui severo obstáculo ao acesso a esta via, especialmente quando o prazo é relativamente exíguo – se comparado aos prazos de prescrição tradicionais. Daí a conclusão de que a imposição desse prazo para a impetração da segurança seria inconstitucional.

A jurisprudência do STF, porém, jamais assentiu com essa tese. Na compreensão dessa Corte, a limitação temporal do mandado de segurança constitui elemento inerente à peculiaridade desta medida. Não haveria aí, portanto, limitação à garantia constitucional, mas simples conformação da medida, por ato infraconstitucional. Em outras palavras, é necessário que o direito infraconstitucional dê o tratamento pormenorizado ao mandado de segurança, já que isso não pode ser feito pelo Texto Constitucional exclusivamente. Esse desenho infraconstitucional da medida constitui sua conformação, que não limita o instituto, mas antes lhe confere definição. Na ótica do STF, a imposição do prazo para a impetração constitui exatamente a apresentação desse perfil do instituto, de modo que na haveria aí restrição à garantia constitucional. Por conta disso, segundo esse tribunal, é constitucional o prazo para a impetração do mandado de segurança.[16]

Ainda que seja altamente questionável a solução dada pela Suprema Corte, porque dificilmente se pode enxergar aí mera conformação do direito constitucional por normas infraconstitucionais, o fato é que a questão é pacífica, de modo que são irrelevantes as objeções levantadas a essa opinião.

A jurisprudência ainda entende, majoritariamente, que o prazo em questão é

decadencial. Na realidade, a conclusão é equivocada, já que não se trata da perda de um direito subjetivo, senão do impedimento de recorrer-se a uma determinada via processual. Por isso, melhor seria, com Pontes de Miranda, qualificar esse prazo de preclusivo, haja vista que trata ele apenas de questão processual, sem adentrar o mérito da impetração.[17]

Não obstante isso, por ser pacífica a compreensão de que o prazo em questão é decadencial, também é corrente afirmar-se que ele não se suspende ou é interrompido, fluindo continuamente até seu esgotamento. Todavia, a própria jurisprudência se encarrega de amainar esse entendimento, concluindo que, se o termo final para a impetração for dia em que não há expediente forense, ele pode ser prorrogado até o primeiro dia útil seguinte.[18]

O prazo tem início a partir da efetiva ciência da prática do ato coator. Vai daí que a sua eficácia concreta contra os sujeitos, a sua publicação ou a cientificação pessoal são suficientes para ensejar o início da fluência do prazo de cento e vinte dias.

Evidentemente, em se tratando de mandado de segurança preventivo, porque o ato coator ainda não se concretizou, não se inicia o cômputo do prazo para a impetração. Do mesmo modo, se o mandado de segurança ataca relação continuativa – em que o ato coator se renova periodicamente –, porque há sempre um novo ato sendo praticado, o prazo se reinicia a cada nova conduta, de modo que também o prazo aqui não será problema. Ainda, se o ato coator era sujeito a recurso administrativo com efeito suspensivo, o prazo para o emprego do *mandamus* não se inicia senão depois de esgotado o prazo para a interposição daquele.

Por outro lado, pedido de reconsideração administrativa do ato coator não enseja a interrupção do prazo para a impetração do mandado de segurança, nem gera *novo* ato que permita nova contagem do prazo,[19] salvo quando esse pedido seja expressamente previsto em lei e possua efeito suspensivo.

1.4.3. Legitimação

Pode impetrar mandado de segurança qualquer pessoa, natural, jurídica ou formal, que tenha sido atingida pelo ato coator. Para estas, valem, em regra, as mesmas determinações que regem o tema da capacidade processual para as ações comuns. Porém, em adição a essas pessoas, em razão da hierarquia constitucional dessa garantia, e da função protetiva por ela desempenhada, até mesmo entes despersonalizados têm sido admitidos como autores de mandado de segurança, sempre que tenham sofrido os efeitos daquele ato. Assim, tem-se admitido a impetração do mandado de segurança por Câmaras, Assembleias, Tribunais de Contas,[20] Setores de Universidades etc.

Outrossim, a própria Lei do Mandado de Segurança contém (à semelhança do que fazia a lei anterior) preceito estranho ao regime geral de legitimação, autorizando que alguém que possua direito *decorrente* da situação jurídica de outrem possa impetrar o

mandado de segurança em favor *deste*, a fim de indiretamente beneficiar-se a si própria. É o que se lê do disposto no art. 3.º da Lei, que estatui que "o titular de direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro poderá impetrar mandado de segurança a favor do direito originário, se o seu titular não o fizer, no prazo de 30 (trinta) dias, quando notificado judicialmente". Tem-se aqui caso particular de substituição processual, em que se admite que alguém possa defender interesse de outra pessoa, desde que esta permaneça inerte, embora notificada para incoar ação. A ideia é permitir que mesmo direitos decorrentes (de direitos de outrem) – que são, portanto, de certa forma, "condicionais" – possam ser protegidos (ainda que de forma indireta) pela via do mandado de segurança, extravasando, assim, as estreitas regras de limitação postas no Código de Processo Civil. De todo modo, segundo prevê o parágrafo único desse dispositivo, essa permissão está condicionada ao prazo geral de impetração do mandado de segurança (de cento e vinte dias), contado da notificação. Questão interessante a respeito desse comando é saber se, feita a notificação nos últimos dias para a impetração do mandado de segurança pelo titular do direito originário (suponha-se, no centésimo décimo dia), abre-se para o impetrante outro prazo de trinta dias para a impetração da segurança. Não há dúvida de que, nesse momento é que passa a correr o prazo para o titular do direito decorrente deduzir o *writ* (já que isso é o que decorre da literalidade da regra), porém, o que se questiona é se, em razão do prazo de 30 (trinta) dias dado pelo *caput* do dispositivo, o titular do direito originário teria nova oportunidade para ajuizar sua demanda mandamental. Ao que parece, não há essa possibilidade. O prazo para a impetração do mandado de segurança pelo titular do direito originário está submetido ao comando do art. 23, de modo que não se lhe acrescenta novo prazo. Nesse caso, simplesmente, o titular do direito decorrente não precisará aguardar o escoamento do prazo de trinta dias, já que, ultrapassado o centésimo vigésimo dia, o titular do direito originário não mais terá direito à segurança, o que franqueará ao titular do direito decorrente o uso do mandado de segurança (desde que também este o faça no prazo de 120 (cento e vinte) dias, a contar da notificação por ele feita).

Ainda no que toca à legitimidade ativa, o art. 10, § 2.º, da Lei veda a possibilidade de formação de litisconsórcio ulterior depois do despacho da petição inicial. Na jurisprudência, normalmente, se proibia esse litisconsórcio ulterior depois de deferida eventual liminar – o que tinha o evidente propósito de que terceiros não se beneficiassem de processo já em curso, o que, virtualmente, permitiria que a parte "escolhesse o juiz" do seu mandado de segurança. Todavia, a lei foi além, proibindo o litisconsórcio ulterior a partir do despacho inicial do juiz (ainda que, nele, não tenha havido a concessão da medida liminar ou esta não tenha ainda sido examinada).

Já em relação ao polo passivo da demanda, esta será representada (em primeiro grau) pela autoridade coatora.[21] Concluído o julgamento de primeiro grau, prossegue, em princípio, na causa a pessoa jurídica e não mais a autoridade coatora, ainda que se permita à autoridade que possa recorrer em nome próprio (art. 14, § 2.º), o que evidentemente só será cabível se ele demonstrar prejuízo para si, com a decisão do

mandado de segurança.

A apuração de quem deve assumir a condição de autoridade coatora é questão controvertida em doutrina e em jurisprudência. Em geral, utiliza-se de dois critérios para apontar essa pessoa: (*a)* aquele que efetivamente produz o ato coator; (*b)* aquele que tem atribuição para rever ou desfazer o ato coator. Segundo prescreve o art. 6.º, § 3.º, da LMS, "considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática". Todavia, é evidente que, se esta pessoa não tem mais atribuição para a revisão do ato, não pode mais ser considerada como coatora. Por isso, via de regra, empregando esses dois critérios é possível determinar com segurança a autoridade que deve figurar no polo passivo desta ação.

Desse modo, pouco importa aquele que expede regras gerais – das quais emana, posteriormente, o ato concreto coator – ou aquele que instrui para a prática do ato. A expressão "(…) da qual emane a ordem para a sua prática", constante no art. 6.º, § 3.º, da LMS, deve ser interpretada em harmonia com essas diretrizes. Assim, a ordem a que ali se alude não pode ser vista como uma ordem geral ou uma determinação genérica; visa a expressão apenas a indicar que não se deve tomar por autoridade coatora o mero executor do ato, e sim aquele que tem efetivo poder de decisão sobre a conduta.

Por isso, em síntese, coatora será a autoridade que efetivamente pratica o ato inquinado ou que tem competência para rever o ato.[22] Também por isso, se a autoridade que praticou o ato não tem atribuição para revisá-lo, não se admite que contra ela seja impetrado o mandado de segurança.

No ato jurídico complexo, será considerada autoridade coatora aquela que finalmente aprova o ato; no ato jurídico composto, deve haver a formação de litisconsórcio entre todas as autoridades que o praticaram. Vale recordar ainda que o conceito de autoridade não necessariamente implica a ideia de "servidor público"; é possível, como já visto, que particulares atuem em atividades públicas, tornando-se, então, para fins de mandado de segurança, autoridades coatoras. O mesmo vale para entidades públicas de direito privado, como as empresas públicas ou as sociedades de economia mista. Sempre que estas entidades atuarem com *imperium*, agindo com poderes públicos, estarão sujeitas ao mandado de segurança.

Durante muito tempo vigorou o entendimento de que a errônea indicação da autoridade coatora deveria implicar a extinção do processo sem resolução de mérito, não se dando a oportunidade ao impetrante de corrigir o defeito.[23] Com isso, muitas vezes, perdia-se o prazo para a impetração, dado o insucesso da primeira ação movida (contra autoridade incompetente). A par disso, havia o inconveniente evidente de obrigar o impetrante – que tinha contra si ato coator que violava francamente direito seu – a promover nova medida, postergando ainda mais a tutela jurisdicional de seus interesses.

Atualmente, é pacífico o entendimento de que a indicação errada da autoridade

impetrada deve permitir correção. Assim, verificando o magistrado que a autoridade requerida é parte ilegítima, deve intimar o autor para que corrija o defeito, apontando a pessoa correta a figurar no polo passivo da demanda[24] e, se necessário, remetendo os autos ao juízo que será competente em razão da nova autoridade. Também se entende, hoje, que a impetração dirigida contra a autoridade superior, ainda que não seja aquela que praticou o ato, é válida, desde que a requerida assuma a titularidade passiva da demanda, defendendo o ato.[25] Há até mesmo julgados que admitem que, ainda que indicada erroneamente a autoridade coatora, se esta pertence à mesma pessoa jurídica a que é ligada a autoridade correta, não há ilegitimidade, já que a ré é a pessoa jurídica e não o servidor que a representa em primeiro grau.[26]

Quanto ao litisconsórcio passivo, como já visto acima, ele é admitido (art. 24 da LMS). Caso particular em que se tem exigido a formação de litisconsórcio é aquele em que o ato praticado por autoridade gera reflexos para outros particulares, beneficiados por ele.[27] Assim, por exemplo, buscando o mandado de segurança anular licitação em que há vencedor já anunciado, entende-se que, ao lado da autoridade impetrada, deve figurar no polo passivo da demanda esse particular vitorioso.

No entanto, como demonstra parte da doutrina brasileira,[28] essa hipótese não configura, exatamente, caso de litisconsórcio necessário, na medida em que o particular (atingido pelos eventuais efeitos da decisão do mandado de segurança) é *terceiro prejudicado*. Com efeito, ele não é parte na relação jurídica (material) atacada, de modo que não se pode cogitar aí de litisconsórcio passivo necessário. Quando muito, esses particulares podem ser vistos como assistentes no processo. Todavia, é certo que o ato atacado não provém deles, nem eles podem ser vistos como “partes” na prática do ato coator. Por isso, é manifestamente inadequada a posição pacífica assumida pela jurisprudência, em impor a formação de litisconsórcio passivo necessário nesse caso.

De outra parte, também é viva a discussão sobre a possibilidade da formação de litisconsórcio entre a autoridade coatora e a pessoa jurídica a que pertence (ou, ao menos sobre a aceitação desta na condição de assistente litisconsorcial daquela). A corrente doutrinária majoritária, porém, claramente descarta essa possibilidade, na medida em que não se pode admitir litisconsórcio (ou assistência) entre quem é parte no processo e quem a representa. Porque a autoridade e a pessoa jurídica, nesse caso, constituem, *ultima ratio*, a mesma pessoa, é evidente que não há propósito em se aceitar a convivência de ambas (como se fossem sujeitos processuais distintos) no processo.

Em que pese essa orientação, vale sublinhar que a lei atual do mandado de segurança traz novo ingrediente à discussão. É que, conforme preceitua o art. 7.º, II, da Lei 12.016/2009, deve o juiz, ao despachar a petição inicial, dar ciência do feito ao “órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito”. Desse modo, em que pese a reinante orientação doutrinária, vê-se que a lei aparentemente trilhou outro caminho. Segundo a regra indicada, podem sim conviver na mesma demanda a autoridade coatora e a pessoa

jurídica interessada. O problema será, evidentemente, determinar em que condição se dá essa intervenção. De fato, se é correto concluir – como exposto acima – que a autoridade *presenta* a pessoa jurídica no mandado de segurança em primeiro grau, haveria nessa permissão uma superposição de pessoa. A mesma pessoa figuraria duas vezes no mesmo polo da relação processual – uma vez presentada pela autoridade coatora e outra, pelo seu órgão de representação judicial. A medida é totalmente ilógica e incoerente com o sistema processual brasileiro, de modo que a excrescência não deveria existir.

Todavia, apesar da anomalia dessa participação, foi essa a nítida intenção da lei.

1.4.4. Competência

A competência para a impetração do mandado de segurança é apurada segundo a sede e a origem da autoridade coatora.

Assim, em tema de competência material, sempre que a autoridade que figure no polo passivo do mandado de segurança for autoridade federal (ou for pessoa no exercício de atribuição federal), a competência para processar esta demanda será da Justiça federal. Ao revés, sendo estadual ou municipal a autoridade (ou esteja a pessoa no exercício de atribuição estadual ou municipal), a competência para a causa será da Justiça estadual. A fim de apurar se a autoridade deve ser considerada federal ou não, esclarece a Lei em seu art. 2.º, que federal será a autoridade se "as consequências de ordem patrimonial do ato contra o qual se requer o mandado houverem de ser suportadas pela União ou entidade por ela controlada". A definição é, por óbvio, insuficiente para atender ao que se verifica na prática. Com efeito, não há qualquer consequência de ordem patrimonial suportada pela União (ou por ente por ela contratada) em mandados de segurança ajuizados contra universidades particulares ou contra conselhos de fiscalização profissional (a exemplo da OAB ou do CREA). Todavia, é remansosa a opinião jurisprudencial no sentido de que esses mandados de segurança devem ser impetrados perante a Justiça federal.[29] Ao que parece, porém, ou essa interpretação não pode ser aceita, ou é necessário encontrar outro critério para a manutenção dessas causas perante a Justiça Federal.

Ainda, vale sublinhar que, em mandado de segurança, há situações que imporão competência originária de tribunais, em razão do *status* da autoridade coatora. Assim, compete originariamente ao STF processar mandados de segurança impetrados contra ato do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio STF (art. 102, I, *d*, da CF). Do mesmo modo, compete ao STJ julgar mandados de segurança impetrados contra ato de "Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal" (art. 105, I, *b*, da CF). Aos tribunais locais compete julgar mandados de segurança impetrados contra ato deles próprios, bem como daqueles praticados por juízes de primeiro grau a eles vinculados.

No que se refere à competência territorial, será competente o juízo do local da sede da

autoridade coatora.

1.4.5. Interesse processual

Em tema de interesse processual, cumpre aludir a várias situações em que a jurisprudência tem entendido pela inviabilidade de emprego do mandado de segurança. Como regra geral, essas limitações decorrem naturalmente da própria estrutura ou função dessa ação, havendo ainda casos de vedação do emprego desse instrumento contida no próprio diploma legal regulador (art. 5.º da Lei 12.016/2009).

Iniciando pelos casos expressamente contemplados no texto legal, tem-se que, de acordo com o preceito mencionado, não cabe mandado de segurança:

a) De ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução. Aqui, a restrição tem evidente propósito. Se o ato coator ainda está sujeito a recurso administrativo com efeito suspensivo, é porque ainda não está gerando efeitos. Desse modo, não se pode falar em ato que agrave a esfera jurídica do particular, de modo que não há ainda o ato coator caracterizado. É evidente que, passado o prazo para a interposição desse recurso, ou tendo o particular abdicado do direito ao uso do mesmo, tem-se ato eficaz e que, portanto, passa a sujeitar-se ao mandado de segurança. Do mesmo modo, se a impetração se dirige contra *omissão* da autoridade, o óbice indicado não existe, na medida em que o efeito suspensivo do recurso administrativo não é apto a conferir ao particular o efeito que espera;[30]

b) De decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo. A hipótese de cabimento de mandado de segurança contra ato judicial é questão altamente polêmica, e suscita diversas questões. Por isso, a análise do tema será feita no tópico seguinte;

c) De decisão judicial transitada em julgado. Do mesmo modo, a questão será mais detidamente examinada a seguir.

Na vigência da lei anterior, também se entendia incabível o mandado de segurança contra ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial (art. 5.º, III, da Lei 1.533/1951. A restrição originalmente contida no texto da lei tinha relação com a dificuldade em se provar, *documentalmente*, o desacerto da conclusão do processo administrativo disciplinar. Com efeito, em regra, a revisão de uma punição administrativa importaria reavaliação de todas as provas produzidas no processo disciplinar, aí incluídas as testemunhais. Como isso seria inviável, em razão da necessidade de que o mandado de segurança somente fosse instruído com provas *documentais*,[31] imaginou-se a restrição em exame. Ademais, haveria ainda o problema da invasão do mérito do ato administrativo, pelo Judiciário, sempre que este se substituísse àquele na análise da conveniência e oportunidade da sanção imposta. Por essas razões também é que foram previstas as exceções no corpo do próprio texto – incompetência e inobservância de formalidades –, já que nesses casos não haveria

preocupação em revisão de prova (especialmente não documentais) presente no processo administrativo disciplinar. De toda sorte, na atualidade, a restrição não tem cabimento. Desde que o impetrante possa provar documentalmente os seus argumentos, é sempre viável a revisão judicial de sanção disciplinar a ele aplicada. Assim, por exemplo, a revisão do aspecto *formal* do processo administrativo é sempre cabível, sendo também sindicável o próprio mérito da punição imposta, desde que haja prova documental dos argumentos expendidos pelo impetrante. Por outro lado, em relação ao mérito administrativo, é hoje corrente o entendimento de que não há discricionariedade na punição administrativa, que deve sempre se pautar pelos estritos critérios legais. Daí porque também sob esse aspecto o ato que aplica sanção disciplinar pode ser levado à análise do Judiciário, inclusive na via do mandado de segurança.[32]

Para além dessas restrições expressas, tem-se ainda que a jurisprudência não admite que, por meio do mandado de segurança, se busque efeitos patrimoniais pretéritos à impetração.[33] Assim se dá porque a função do mandado de segurança é atacar um ato determinado, tido como ilegal ou abusivo, e não buscar ressarcimento de prejuízos. Evidentemente, o entendimento mencionado não se aplica à reclamação por valores eventualmente pagos ou devidos *no curso do mandado de segurança*, que poderão ser pleiteados na via desta ação.

Também é pacífico o entendimento de que não se pode empregar o mandado de segurança para atacar *lei em tese*.[34] O motivo dessa limitação também é simples e tem relação com a inviabilidade de a "lei em tese" poder ser erigida à condição de ato coator. Porque ela não gera efeitos concretos e individualizados para ninguém, não pode caracterizar-se como ato passível de mandado de segurança. É evidente, porém, que sempre que essa lei gerar efeitos individuais e concretos, passa a ser a responsável por possível violação a direito, de modo a admitir combate pelo mandado de segurança.[35]

1.4.6. Mandado de segurança contra ato judicial

O tema do mandado de segurança usado contra ato judicial é questão bastante complexa no direito nacional. Isso porque, especialmente, tem-se usado e abusado desse instrumento para preencher lacunas (desejadas ou não) no campo dos instrumentos de impugnação de decisões judiciais. Isso tem levado a excessos no emprego desse mecanismo e ao desvirtuamento de sua função, muitas vezes desfigurando as linhas diretrizes do sistema recursal nacional. Por exemplo, tem-se visto que qualquer tentativa de eliminar de algum recurso o efeito suspensivo – ou mesmo de eliminar o cabimento de recurso em certa situação – é prontamente respondida pela prática forense com o emprego do mandado de segurança em substituição ao recurso inexistente ou para conferir efeito suspensivo ao recurso que não o ostenta mais.[36] Se, por vezes, essa função residual é importante para evitar abusos judiciais em casos determinados, por outras ordinariza o mandado de segurança e o transforma em pouco mais do que um pedido de reconsideração.

É preciso, portanto, ter muita cautela com o emprego do mandado de segurança contra ato judicial, exatamente para que não torne letra morta as previsões recursais contidas no sistema processual brasileiro, nem se choque com as linhas de efetivação das decisões judiciais desejadas pelo legislador.

Como já se ponderou acima, de acordo com o previsto no art. 5.º, II, da LMS, não é cabível a impetração de mandado de segurança contra ato judicial que seja sujeito a recurso com efeito suspensivo.[37]

Comumente, porém, tem-se admitido o emprego do mandado de segurança contra ato judicial que se mostre teratológico ou absurdo. Nesses casos, é possível que a interposição de recurso para atacar o ato não seja idônea, por expor o sujeito a um período em que deveria sujeitar-se ao ato abusivo, seja porque não há previsão de recurso específico para o caso, seja porque o recurso previsto não se reveste das necessárias características para pôr a salvo os interesses do impetrante. Assim, para contornar essa situação, admite-se o manejo do mandado de segurança para combater o ato.[38]

Também se admite a utilização de mandado de segurança para evitar lesão irreparável, causada por ato judicial. Novamente, a questão se situa em saber se os recursos eventualmente previstos são ou não hábeis a evitar que o ato judicial guerreado gere danos irreversíveis ao interessado. Não havendo, portanto, idoneidade no meio previsto, tem-se admitido a utilização do mandado de segurança como sucedâneo de recurso.[39]

Durante muito tempo, os tribunais autorizaram o emprego do mandado de segurança sempre que a decisão judicial não tivesse previsão de recurso específico, ou ainda para conferir efeito suspensivo a recurso que, pela lei, era desprovido dessa condição. A jurisprudência mais recente, contudo, tem sido rigorosa com essa possibilidade. Em regra, não havendo uma das hipóteses precedentes, não se tem mais admitido o emprego do mandado de segurança em tais casos.

O fato é que, com a regra explícita da lei atual, ao prever o descabimento do mandado de segurança contra decisão da qual caiba recurso com efeito suspensivo, a orientação há de ser outra. Ao que parece, desde que se *possa obter efeito suspensivo em um recurso* – ou porque ele já é dotado, *ex lege*, desse efeito, ou porque a *lei expressamente prevê a possibilidade de o magistrado conferir-lhe tal condição* – não se deve admitir o mandado de segurança.[40] Desse modo, no sistema atual, a questão não mais deve ser vista sob o ponto de vista da anormalidade do ato judicial inquinado, mas sim sob a premissa da possibilidade ou não de, por via recursal, conseguir-se o imediato impedimento dos efeitos da decisão recorrida. Também por conta disso, sempre que o recurso previsto não for idôneo a conseguir, de forma rápida e eficiente, a suspensão do ato inquinado, deve-se garantir o cabimento do mandado de segurança.

Outrossim, em vista do que prevê o art. 5.º, III, da Lei 12.016/2009, não se admite a interposição de mandado de segurança contra sentença transitada em julgado.[41] Ressalve-

se, porém, o cabimento da medida, nos mesmos casos acima aventados, ou seja, sempre que se verificar a impossibilidade de atacar a decisão transitada em julgado pela via própria com a idônea garantia de que seus efeitos – em manifesto abuso ou ilegalidade – possam ser ali obstados.

1.4.7. Procedimento

O mandado de segurança, conforme estipula o art. 6.º da LMS, se inicia por petição escrita, que deve observar os requisitos gerais de qualquer petição inicial, dirigida ao juiz competente, e apresentada em duas vias (inclusive dos documentos que a acompanham). Deve ela indicar, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica a que ela está vinculada ou em cujo nome exerce atribuições.

Em casos de urgência, é admissível a interposição de mandado de segurança por meio de telegrama, radiograma, fax ou outro meio eletrônico de comprovada autenticidade, a fim de acelerar a análise da medida (art. 4.º da LMS). A regra atual, praticamente reproduzida da lei anterior, é manifestamente incompatível com a sistemática processual atual. Com efeito, nos termos da Lei 11.419/2006, *todos os processos civis* podem valer-se do meio eletrônico para a sua tramitação. O mesmo afirma o CPC de 2015, em seu art. 193. Identicamente, a Lei 9.800/1999 não punha qualquer restrição ao emprego do fac-símile para a prática de atos processuais. Dando um passo atrás nessa inovação, a Lei do Mandado de Segurança prevê que o meio eletrônico só possa ser empregado *em casos de urgência*, o que sugere a interpretação de que, se não houver urgência, o meio eletrônico ou os outros instrumentos acima apontados não podem ser usados. Obviamente, essa interpretação não pode ser aceita. Ainda que a Lei do Mandado de Segurança seja "lei posterior" em relação à lei do fax ou à lei do processo eletrônico, é evidente o seu descompasso em relação a estes diplomas. Nada justifica que se dê esse tratamento diferenciado ao mandado de segurança, especialmente porque tais inovações têm em vista acelerar a tramitação da medida. Por isso, à luz da garantia da tempestividade da jurisdição (art. 5.º, LXXVIII, da CF) é forçoso concluir que as leis anteriores devem prevalecer aqui, autorizando a impetração da segurança por meio eletrônico ou por fax ou ainda por outro instrumento célere de comunicação, independentemente da urgência do caso concreto.

Caso o autor necessite, para provar suas alegações, de documentos que estejam em poder de repartição pública, ou de autoridade que se recuse a fornecê-los por certidão, o juiz poderá requisitar esses dados, por ofício, preliminarmente, no original ou em cópia autenticada, designando prazo de dez dias para o cumprimento de sua ordem (art. 6.º, § 1.º, da LMS). Vindo as informações, cumprirá ao escrivão extrair cópia dos documentos, para anexá-la à segunda via, que é entregue à autoridade coatora. Se a autoridade que se recusa a fornecer a informação for aquela designada como coatora, então a requisição do documento poderá ser feita no próprio ofício de notificação (art. 6.º, § 2.º, da LMS).

Recebida a petição inicial, e estando ela em desconformidade com os preceitos legais,

deve o magistrado determinar sua emenda, seguindo as regras gerais do Código de Processo Civil. Também poderá o juiz indeferir de plano o mandado de segurança, quando notar que lhe faltam os requisitos legais, quando a matéria envolvida não autorizar a impetração deste remédio ou ainda quando decorrido o prazo legal para a impetração (art. 10 da LMS). Contra esse indeferimento, tal como ocorre no regime geral do Código de Processo Civil, cabe apelação (art. 331 do CPC) ou, em se tratando de mandado de segurança de competência originária de tribunal e a decisão tiver sido dada pelo relator, agravo para o órgão competente (art. 10, § 1.º, da LMS).

Se, porém, a petição inicial estiver adequada, determinará o magistrado a *notificação* da autoridade coatora para que preste informações, no prazo de dez dias (art. 7.º, I, da Lei de Mandado de Segurança). Do mesmo modo, determinará o juiz que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito (art. 7.º, II, da LMS). A providência, já mencionada anteriormente, se mostra supérflua e esquisita. Com efeito, como visto, no primeiro grau de jurisdição a presentação da pessoa jurídica interessada se dá pela autoridade coatora. Desse modo, dificilmente se explica que a mesma pessoa seja ouvida duas vezes – e que possa requerer seu ingresso no processo, *quando ela já faz parte do feito* (por meio da autoridade impetrada). Ainda assim, a necessidade dessa comunicação é clara no texto legal, de modo que essa redundância tende a se verificar com frequência.

Por fim, no mesmo ato poderá o juiz conceder ordem liminar que determine a suspensão do "ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica" (art. 7.º, III, da LMS).

1.4.7.1. A medida liminar

Em relação à liminar cabível no caso presente, cumpre examiná-la com mais detalhes. Da dicção legal a seu respeito, nota-se que a lei não faz alusão expressa à necessidade de requerimento para a sua concessão. Embora seja recomendável que o autor assim proceda, parece que o espírito da lei efetivamente autoriza o juiz a agir de ofício nesse caso, seja para conceder liminar que tenha caráter exclusivamente cautelar, seja para a concessão de medida antecipatória. É que a especialidade da medida, aliada à sua função de garantia constitucional, permite a conclusão de que se deve conceder ao juiz maiores poderes de ingerência sobre os interesses da parte, especialmente quando estiver em jogo outro direito fundamental. A inexistência de pedido de liminar pela parte, assim, não é, em si só, obstáculo à concessão da ordem provisória pelo juiz. Conquanto seja aconselhável prudência no exercício desse poder de ofício – vinculando-o, especialmente, à proteção de direitos fundamentais por meio do mandado de segurança – seja pela função deste remédio, seja pela forma como o preceito em questão foi redigido, é viável que o magistrado conceda a tutela liminar mesmo que não tenha havido pedido expresso da

parte.

A lei prevê que a liminar autorizada visa à suspensão do ato coator. Obviamente, essa previsão diz menos do que deveria, porque está atrelada, exclusivamente, a violações a direito líquido e certo que consistam em atos (condutas positivas). Não responde ela, de forma adequada, a *omissões* que violem direito líquido e certo. Para estas, a ordem deveria, e deve, consistir na determinação de uma conduta, e não na suspensão de alguma coisa (que, no caso, sequer existe!). Por isso, é necessário ler a previsão em comento de forma mais ampla, permitindo ao magistrado conceder, liminarmente, a medida adequada a evitar ou reparar a violação ao direito líquido e certo apontado pelo impetrante. Em razão disso, a liminar pode consistir na determinação da suspensão do ato atacado, mas também pode assumir a forma de imposição de uma conduta; pode ter, ainda, natureza cautelar ou antecipatória, conforme aquilo que se mostre mais adequado para atender ao caso concreto.

A concessão da liminar está condicionada, como se lê do dispositivo indicado, à coexistência da *relevância do fundamento* e do *risco de ineficácia do provimento final*. Na realidade, tais condições nada mais são do que outra forma de apresentar as noções de *fumus boni iuris* e de *periculum in mora*, respectivamente. Exige-se, portanto, que o autor indique a plausibilidade das suas afirmações e a existência de risco de que seu direito possa vir a perecer (ou a tornar-se inútil), se não outorgada a proteção liminar.

Como toda liminar, a decisão aqui dada (concedendo ou negando a medida provisoriamente) é precária e instável, podendo ser revista a qualquer momento. De toda sorte, na ótica da jurisprudência, não resiste ela à denegação da segurança, em sentença ou na análise de recurso ulterior.[42] A solução é criticável, porque é possível que essa cassação imediata – enquanto a questão ainda esteja pendente de outra decisão em superior instância – pode importar em perecimento de um direito que venha a ser reconhecido como existente pelo grau recursal. Melhor seria deixar a critério do magistrado (ou do tribunal) a avaliação da necessidade de manutenção ou não da liminar, enquanto se aguarda o julgamento do recurso, decisão essa a ser tomada segundo o sopeso dos critérios de probabilidade e risco de prejuízo dos interesses de ambas as partes.

É possível que a concessão da medida liminar seja condicionada à prestação de contracautela, por parte do impetrante, na esteia do que prevê, de forma genérica, o art. 300, § 1º, do CPC e segundo explicitamente prescreve a parte final do art. 7.º, III, da LMS. Essa possibilidade já era admitida nesta obra, mesmo antes da inovação legislativa, já que ela é inerente à própria ideia das tutelas de urgência. Ademais, parece certo que a possibilidade de sua exigência amplia os casos em que será deferida a medida liminar, já que muitos magistrados poderiam sentir-se inseguros em deferir tutela urgente sem que pudessem impor contracautela para assegurar os prejuízos eventualmente gerados. Não há, por conta disso, nenhum óbice nessa exigência, nem parece haver inconstitucionalidade nessa medida, ao contrário do que tem sustentado parte da doutrina. De toda sorte, essa garantia deve ser vista com cautela, a fim de não confundi-la com casos em que a

prestação de caução é direito da parte e é, por si só, idônea a gerar efeito idêntico àquele ocasionado pela concessão da liminar.[43]

Antes da edição da atual Lei do Mandado de Segurança, algumas leis previam restrições às liminares nessa ação, seja impondo prazo para sua vigência,[44] seja proibindo sua concessão em determinadas situações.[45] Tais restrições foram acolhidas pela Lei 12.016/2009, que tanto prevê casos em que é descabida a concessão de liminar – segundo o art. 7.º, § 2.º, da Lei, "não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza" – como ainda estabelece condições temporais para a duração da liminar em certas circunstâncias – nos termos do que prevê o art. 7.º, § 3.º, da Lei, "os efeitos da medida liminar, salvo se revogada ou cassada, persistirão até a prolação da sentença" e, conforme o que prevê o art. 8.º da mesma Lei, "será decretada a perempção ou caducidade da medida liminar *ex officio* ou a requerimento do Ministério Público quando, concedida a medida, o impetrante criar obstáculo ao normal andamento do processo ou deixar de promover, por mais de 3 (três) dias úteis, os atos e as diligências que lhe cumprirem".

Tais regras são, sempre que tolherem ou dificultarem a adequada proteção dos direitos, inconstitucionais, por negativa ao art. 5.º, XXXV, da CF. Desse modo, sempre que a liminar se mostre necessária para além do tempo autorizado por lei – especialmente quando não haja culpa do impetrante na demora do julgamento do mandado de segurança – ou sempre que somente por meio da liminar (nos casos em que sua concessão é vedada) poderá o postulante obter tutela razoável e adequada de seus interesses, não há como aceitar as restrições impostas. Especialmente, merece referência o contido no art. 8.º da Lei, acima mencionado. Conforme o dispositivo, se o impetrante deixar de promover os atos e as diligências que lhe competirem, ou se criar embaraço ao normal seguimento do feito, por mais de três dias úteis, a liminar caduca. Embora seja correto combater a má-fé processual, parece que o prazo de três dias é muito curto para implicar efetivo espírito protelatório do impetrante. Por vezes, o retardamento por três dias no prazo para o adimplemento de certas custas ou para a indicação de um endereço é bastante razoável, sem que importe necessariamente na tentativa de atravancar o andamento regular do processo. Por isso, estabelecer esse prazo, de forma peremptória, como motivo para, sozinho, determinar a caducidade da medida liminar, é medida que parece ser desarrazoada. Em razão disso, parece mais adequado concluir que a aplicação do preceito deve ficar condicionada à avaliação criteriosa do magistrado. Verificando nesse elemento indícios de má-fé processual, toca ao juiz cassar a medida liminar concedida. Se, ao contrário, entender como razoável o atraso, então não há motivo para a cessação de eficácia da medida.

Finalmente, vale recordar que, por se tratar de decisão interlocutória, o ato judicial que examina medida liminar (concedendo ou não) é passível de agravo, por instrumento (art.

7.º, § 1.º, da LMS).[46]

1.4.7.2. As informações da autoridade coatora

A par da eventual liminar deferida pelo juiz, deverá ele também notificar a autoridade coatora para que preste as informações que possua, no prazo de dez dias.

A lei fala em "notificação", termo estranho às formas comum de comunicação processual do Código de Processo Civil. É de se lembrar, porém, que a expressão tem suas raízes na anterior Lei do Mandado de Segurança (Lei 1.533/1951), cuja edição é muito anterior ao regime do Código, época em que a notificação era uma das formas de comunicação de atos processuais,[47] se prestando, em regra, para dar prazo a um sujeito para a prática de determinado ato. Desse modo, atualizada a nomenclatura para o sistema atual, pode-se dizer que a notificação ali aludida equivale à *citação* do direito atual.

Trata-se, porém, de citação particular, porque não é feita seguindo as formas normais do Código Processual. É realizada por ofício, dirigida à própria autoridade – e não ao procurador do órgão a que está vinculada –, não se admitindo aqui citação ficta ou por correio.

Quanto à defesa a ser apresentada, embora o tema seja controvertido, tem-se entendido que as informações a serem prestadas equivalem *grosso modo* à contestação, de modo que nela se pode deduzir toda a matéria que se poderia apresentar em uma contestação comum. Pode-se, então, apresentar defesas processuais e materiais, sem restrição.

Não há, por isso, como aceitar a tese de alguns que pretendem que a autoridade coatora deva apenas apresentar informações sobre o ato, deixando a tarefa de contestar a ação à pessoa jurídica de direito público.[48] Via de regra, a pessoa jurídica de direito público a que a autoridade é vinculada participa desta primeira fase do processo de mandado de segurança pela autoridade requerida, ao menos em primeiro grau. Por isso, não se admite outra peça de defesa que não as informações nesse momento. É verdade que hoje a lei expressamente admite a intervenção "autônoma" da pessoa jurídica a que a autoridade está vinculada. Porém, dificilmente se poderia imaginar que somente dentro desta participação é que caberia o oferecimento de contestação, reservando-se às informações da autoridade o simples papel de relatar os fatos ocorridos. Aí se vê mais um motivo para ter como inusitada a figura criada pela Lei do Mandado de Segurança atual, ao permitir a participação da pessoa de direito público ao lado de sua autoridade.

O mandado de segurança não admite reconvenção, até mesmo por seu caráter expedito e concentrado.

Do mesmo modo, qualquer defesa processual ou material (inclusive as alegações de incompetência, impedimento e suspeição) deve ser opostas na própria informação, sem

recorrer a instrumento próprio, como eventualmente ocorre com o processo tradicional.[49] Isso ocorre porque o trâmite das impugnações apartadas – com a eventual paralisação do curso do processo – é incompatível com a celeridade que se deseja impor ao rito do mandado de segurança. O efeito de suspender o curso do processo, enquanto se examina as alegações de impedimento ou de suspeição do juízo (art. 313, III, do CPC), pode impor, por óbvio, severa restrição à tutela adequada do direito pleiteado pelo *mandamus*. Por isso, é necessário adequar a arguição dessas questões às particularidades desta ação, autorizando que sua dedução seja feita no corpo das informações, sem a suspensão do processo.

Deve-se sublinhar, outrossim, que a par das informações prestadas pela autoridade coatora, e da possível participação da pessoa jurídica a que ela está vinculada, pode haver a apresentação de outra resposta, feita por eventual litisconsorte passivo existente. Sempre que esse litisconsorte passivo não for, também, autoridade coatora, sua resposta dar-se-á sob a forma de contestação (e não como informação), onde, porém, deverá ser apresentada *toda* a resposta admissível, inclusive possíveis matérias que seriam, no regime geral, alegadas por via de exceção.

O não oferecimento das informações pela autoridade coatora não implica os efeitos típicos da revelia. Embora a notificação realizada gere os efeitos da citação, e as informações tenham a função da resposta do réu, a omissão da autoridade não surte os efeitos da revelia, sobretudo porque se entende que os interesses da Administração Pública são sempre indisponíveis.[50] Em razão disso, ainda que se pudesse caracterizar a autoridade como revel, jamais estaria ela sujeita aos efeitos decorrentes desse estado.

1.4.7.3. A sequência do procedimento

Findo o prazo para as informações da autoridade coatora (e, eventualmente, para a defesa de outros litisconsortes), o feito deve ser encaminhado ao Ministério Público, para que, em 10 (dez) dias, ofereça manifestação (art. 12 da LMS). A atuação do *Parquet* se dá na condição de *custos legis*, de modo que sua função é, estritamente, fiscalizar a correta aplicação da lei, opinando sobre a viabilidade ou não do pleito do impetrante.

Durante muito tempo se debateu se a manifestação do Ministério Público seria necessária ou se bastaria a sua intimação para que apresentasse seu parecer para que fosse regular o processo. Prevalece hoje a visão de que compete ao Ministério Público examinar a extensão de sua participação no processo. Sempre que entender que, no mandado de segurança, há interesse público presente, deve emitir opinião. Toda vez, porém, em que a discussão ali apresentada não tiver repercussão pública ou interesse outro que mereça a atuação do Fiscal da Lei, pode cingir-se a ter ciência do feito, sem se pronunciar sobre o mérito da discussão.[51]

De lege ferenda, seria até mesmo recomendável a supressão da participação compulsória do Ministério Público em todo mandado de segurança, deixando que sua

intervenção fosse regulada pelo art. 178 do CPC. Assim, ao invés de obrigar-se sempre a remessa dos autos ao Ministério Público – provocando, por vezes, demora injustificável na tramitação do mandado de segurança –, poderia o juiz remeter ao órgão o feito apenas quando sua intervenção efetivamente fosse imposta pelo sistema processual vigente.

Ouvido o Ministério Público, o feito deve caminhar para sentença. Note-se que não há previsão de fase instrutória no mandado de segurança. Isso ocorre exatamente pelo fato de trabalhar essa ação com a técnica da cognição exauriente *secundum eventum probationem*. Ou seja, o mandado de segurança, embora autorize cognição exauriente, opera com restrição à *espécie de prova admissível*. Somente se admite, neste procedimento, a prova documental – que, como já visto, é a essência da noção de "direito líquido e certo", que constitui um dos pressupostos para o cabimento da medida. Porque a prova documental deve ser trazida ao processo com a petição inicial ou com as informações da autoridade coatora, vê-se que seria de todo ilógica a previsão de fase instrutória nesse procedimento.

Outrossim, não se aplica ao mandado de segurança o contido no art. 437, § 1.º, do CPC, que determina a oitiva da parte contrária sempre que a outra haja juntado documento aos autos. Mesmo que a autoridade traga documento com suas informações, não há razão para ouvir-se o impetrante antes da decisão. Isso se dá, mais uma vez, para privilegiar a celeridade da medida, especialmente considerando que não há espaço para réplica às informações, por parte do autor do mandado de segurança.

Apenas em um caso excepcional se tem admitido a dilação probatória em mandado de segurança. Trata-se da hipótese em que a parte (autora ou ré) pretenda arguir a falsidade de documento juntado pela outra em sua peça postulatória. Nesse caso, permite-se – até porque a prova documental será a essência da formação da convicção judicial no processo – que se alegue essa falsidade por via da medida própria (arts. 430 e ss. do CPC), ensejando pequeno retardamento na tramitação do *mandamus*.

Tirante essa hipótese, após a oitiva do Ministério Público, deve-se seguir para a prolação da sentença.

1.4.8. Sentença

Embora a lei não tenha previsão específica sobre a forma que deve assumir a sentença em mandado de segurança, é evidente que deve ela respeitar os dispositivos respectivos do Código de Processo Civil. Assim, a sentença deve conter relatório, fundamentação e dispositivo, na forma do que prescreve o art. 489 do CPC. A única ressalva que se faz é que, por interpretação jurisprudencial pacífica[52] (embora incompreensível) e hoje por expressa determinação legal (art. 25 da LMS), não são cabíveis honorários advocatícios em mandado de segurança, de modo que a sentença não pode conter condenação nesse aspecto.

A sentença em mandado de segurança será, em caso de procedência, em regra, mandamental. Ainda que se possa cogitar de sentenças de procedência com outras eficácias em casos pontuais nesse campo, é a mandamentalidade que constitui a tônica da ação de mandado de segurança.

Nessa espécie de provimento, tem-se medida cuja essência está na *ordem* dirigida ao réu (ou, eventualmente, a terceiro) para prestar certa conduta.[53] Hoje não se discute mais sobre a efetiva existência dessa modalidade de sentença, de modo que sequer seriam necessárias mais alongadas cogitações sobre o tema.[54] Seja por suas peculiares características – que extravasam o uso do *imperium* pelo Estado, de modo a impor uma ordem ao réu, passível de sanção em caso de descumprimento –, seja pela expressa aceitação dessa categoria no direito nacional desde o código de processo civil revogado (art. 14, V, do CPC) não mais se podem tomar a sério as eventuais objeções à existência dessa figura.

De toda sorte, o que importa é perceber que a sentença mandamental *não necessita de provocação para que possa ser cumprida*. Por outras palavras, *não existe execução de sentença mandamental*, que exija a iniciativa da parte autora. A sentença mandamental é cumprida *ex officio*, independentemente de novo pedido, ou de formação de autos em apartado, ou da apresentação das peças típicas do cumprimento provisório ou qualquer outra providência semelhante. Aliás, o cumprimento dessa sentença se dá nos autos em que a ordem é emitida, carecendo de maiores formalidades. Desde que eficaz a sentença – ou seja, se não houver recurso com efeito suspensivo, o que, como se verá, é a regra – emite-se ordem, por meio de ofício, à autoridade coatora, que deve providenciar seu imediato cumprimento.

Não sendo obedecida a determinação judicial, estará o renitente sujeito à sanção respectiva. Tradicionalmente, sempre se entendeu que o descumprimento de ordem de mandado de segurança sujeita o infrator às sanções impostas pelo crime de desobediência (art. 330 do CP). Hoje, aliás, essa consequência é expressamente prevista no texto legal, na medida em que o art. 26 da LMS, estabelece que “constitui crime de desobediência, nos termos do art. 330 do Dec.-lei 2.848, de 07.12.1940, o não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança, sem prejuízo das sanções administrativas e da aplicação da Lei 1.079, de 10.04.1950, quando cabíveis”.

Por várias razões, porém, vê-se que essa sanção tem-se mostrado ineficiente para ensejar a rápida e adequada satisfação da determinação judicial – e, consequentemente, a pronta tutela *da autoridade do Estado*. Inicialmente, vê-se que sua função *coercitiva* é claramente limitada. Com efeito, a sanção criminal (como meio coercitivo) somente tem efeito antes de sua imposição, já que, uma vez violada a ordem, deve a sanção ser efetivada, sem que se possa retirá-la em vista do ulterior cumprimento da determinação pela parte. Assim, se a parte já descumpriu a ordem judicial, a prisão de cunho criminal perde totalmente sua condição coercitiva, passando a assumir caráter exclusivamente

punitivo (já que a pessoa deve sofrer a prisão, pelo prazo estipulado pela lei penal, ainda que venha ulteriormente a cumprir o comando judicial, ou a repor as coisas em seu estado anterior).[55] De outra parte, a tendência do direito penal à redução da utilização da pena restritiva de liberdade, bem como a dificuldade em manter-se a prisão em flagrante em delitos como estes (sem violência), somados à demora no processo judicial necessário à aplicação da pena e à facilidade com que se consegue esquivar de sua incidência,[56] levam à redução também de seu potencial intimidatório. Nesse passo, vale ressaltar que o crime de desobediência, em razão do montante de pena restritiva de liberdade a ele cominado (detenção, de 15 dias a 6 meses) permite ao infrator o benefício da transação penal. Assim, dificilmente será possível determinar-se a prisão do desobediente, em razão do descumprimento de decisão judicial.[57] Em geral, a sanção aplicada ao infrator será a prestação de serviço à comunidade ou a multa. Essa será, então, a sanção que se imporá àquele que frustra a atividade jurisdicional e menospreza o poder estatal.

Evidencia-se, portanto, a inadequação dessa técnica para impor, de maneira inevitável, eficiente e rápida, o cumprimento de ordem em mandado de segurança.

A crítica já era válida para o sistema anterior, e permanece consistente na atualidade, em que pese o teor explícito do art. 26 da LMS.

Por isso, é de se admitir aqui o emprego subsidiário das técnicas previstas nos arts. 536, 537 e 538 do CPC. Deve-se conferir ao magistrado o poder de impor o meio coercitivo que se mostre mais adequado para o caso concreto, capaz de exercer a maior capacidade intimidatória possível para obter o rápido e preciso cumprimento de sua ordem. Pode-se, ademais, no que concerne especificamente à multa coercitiva (art. 537 do CPC) impor essa sanção diretamente à autoridade coatora – e não apenas à pessoa jurídica que é a efetiva ré do processo.[58] Dependendo da complexidade da causa, até mesmo medidas sub-rogatórias (como a intervenção judicial) devem ser autorizadas, já que a garantia fundamental do mandado de segurança não pode ter sua eficácia diminuída em razão da resistência da autoridade ré.

O fundamental é perceber que se está diante de garantia constitucional processual, que deve ter sua dignidade assegurada na maior medida possível. Não se pode, portanto, inviabilizar seu sucesso por estritas questões formais menores.

É verdade que essa interpretação pode ser dificultada hoje, em razão dos termos em que foi redigido o art. 26 da Lei 12.016/2009. Com efeito, o dispositivo indica que a sanção cabível será a punição por desobediência, sem prejuízo das sanções administrativas e da aplicação da lei de crimes de responsabilidade. De fato, muitos poderão sustentar que a multa coercitiva é sanção civil – não criminal, nem administrativa – de modo que a lei teria implicitamente excluído o cabimento de sua incidência. Parece, porém, que essa interpretação não é autorizada pela leitura do artigo indicado, nem corresponde à visão sistemática das técnicas de atuação da jurisdição cível. Realmente, embora a lei refira à caracterização do crime, sem prejuízo das sanções administrativas ou da punição por

crime de responsabilidade, isso não parece induzir a consequência de que outras sanções ficam desautorizadas. Aliás, dificilmente se justificaria que um magistrado possa impor multa coercitiva para impor ao réu (seja ele ente público[59] ou particular), em demandas comuns, o cumprimento de tutelas antecipadas ou de sentenças finais (arts. 536, 537 e 538 do CPC), relativas a prestações *comuns* de fazer, não fazer ou entregar coisa, e não o possa fazer no mandado de segurança, que é, em si mesmo, remédio com *status* de garantia constitucional fundamental. Se a garantia de acesso à Justiça (art. 5.º, XXXV, da CF) já é suficiente para ensejar a obrigação de o Estado, *em relação a qualquer pretensão*, oferecer proteção adequada, tempestiva e efetiva, tanto mais isso se justifica em relação a uma *demanda constitucional* específica, como o mandado de segurança. Não há, portanto, o que justifique a discrepância de regimes, o que justifica o cabimento das técnicas previstas nos arts. 536, 537 e 538 do CPC, também para a proteção da sentença em mandado de segurança.[60]

O efeito mandamental da sentença de procedência de mandado de segurança incide desde logo, com a prolação da sentença e sua comunicação à autoridade coatora. É o que resulta da interpretação do art. 14, § 3.º, da LMS, ao falar em "execução provisória" do mandado de segurança. A rigor, inexiste "execução provisória" aqui, porque se trata de efeito mandamental de sentença. Porém, o preceito quer significar que a efetivação da ordem independe do trânsito em julgado da sentença, podendo ser exigida desde logo. O dispositivo, porém, ressalva dessa incidência imediata do efeito mandamental as situações em que é vedada a concessão de liminar, o que importa a conclusão de que essas sentenças só poderão ser efetivadas após seu trânsito em julgado. Concluindo, porém, como inconstitucional essa vedação absoluta à concessão de liminares, o mesmo raciocínio se aplicará aqui, e a exceção, então, deixará de existir.

Finalmente, cabe aludir ao disposto no art. 13 da LMS. Segundo essa previsão, a sentença de mandado de segurança concessiva da ordem deve ser comunicada à autoridade coatora, bem como à pessoa jurídica interessada, para pronto cumprimento, por oficial de Justiça, por correio ou, em caso de urgência, por qualquer meio expedito, dispensando-se, portanto, a expedição de carta de sentença ou figura equivalente para dar início à fase de efetivação da medida.

1.4.9. Recursos

Em tema de recursos, a natureza especial do mandado de segurança impôs algumas variações importantes, que merecem análise.

De início, nos termos do que prevê o art. 14, § 1.º, da LMS, sempre que a sentença *conceder* o mandado de segurança, estará ela sujeita ao reexame necessário. Embora a lógica determinasse solução distinta – já que o mandado de segurança é garantia constitucional *para o impetrante*, de modo que sua não concessão é que deveria ensejar o reexame, similarmente ao que ocorre com o *habeas corpus* – a previsão tem em vista a

proteção da Administração Pública. Como este *writ* se dirige sempre contra autoridade no exercício de função pública, é evidente que o interesse estatal estará sempre presente aqui. Para a salvaguarda desses interesses, prevê a lei o reexame necessário para a sentença concessiva de mandado de segurança.

Calha sublinhar que o reexame necessário, no mandado de segurança, é medida disciplinada exclusivamente pelo dispositivo acima mencionado, não se lhe aplicando as previsões do art. 496 do CPC.[61] Por isso, pouco importa o valor da causa, atribuído ao mandado de segurança, ou se há jurisprudência pacífica de tribunal superior no sentido da decisão ali concedida; sempre que houver a concessão da segurança, deve haver o reexame necessário.

De outra parte, os recursos em mandado de segurança não são dotados de efeito suspensivo (art. 14, § 3.º, da LMS), de modo que a sentença concessiva pode ser imediatamente efetivada. Não bastasse a expressa previsão legal nesse sentido, é da própria essência do mandado de segurança que assim seja, em vista da natureza de garantia constitucional do instituto. Se sua função é proteger o direito do cidadão contra abusos do Estado, é evidente que sua efetivação não poderia ficar condicionada ao trânsito em julgado da sentença. Por isso, a sentença é desde logo realizável, independentemente da existência ou não de recurso (ou de reexame necessário) em favor da Administração Pública.

Existem, todavia, hipóteses em que regras especiais condicionaram a efetivação da sentença do mandado de segurança ao prévio trânsito em julgado da decisão. Assim, os mandados de segurança que imponham a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou de extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza, somente são efetivados depois do trânsito em julgado da sentença favorável (art. 14, § 3.º). Nesses casos, não só a apelação, mas todos os recursos gerarão espécie de efeito suspensivo, já que somente quando precluir o julgamento favorável ao impetrante é que a decisão poderá ser cumprida. A regra – já existente no sistema anterior – tem sido considerada constitucional pelos tribunais,[62] embora pareça evidente que, em casos excepcionais, a interpretação dessas restrições conforme a Constituição imporá o afastamento delas em favor da efetividade da tutela do processo. Sempre que essas restrições impedirem – ou mutilarem de maneira grave – o direito do impetrante, não há dúvida de que merecem ser superadas e não aplicadas, já que as garantias constitucionais do mandado de segurança e do acesso efetivo à Justiça devem prevalecer.

O art. 25 da LMS, ainda estabelece que neste procedimento não se admite o recurso de “embargos infringentes”. Essa figura, como se sabe, não existe mais, tendo sido substituído pela técnica descrita pelo art. 942 do CPC. Ou seja, na hipótese de julgamento não unânime de apelação (ou de agravo de instrumento que examina o mérito), deve-se prosseguir na análise deste recurso, convocando-se outros julgadores em número

suficiente para alterar o resultado inicial. A rigor, a função dessa ampliação do corpo de magistrados julgadores é exatamente aquela realizada por meio do antigo recurso de embargos infringentes. Porém, como não se trata mais de um novo recurso – e sim, apenas, de uma forma de prosseguimento da análise do recurso original (apelação) por um número maior de juízes – não parece que se possa estender a essa nova figura a vedação constante no art. 25 da LMS. Abolido aquele recurso, perde sentido a restrição posta na lei. E, assim, a técnica do julgamento ampliado, descrito no art. 942 do CPC, é perfeitamente aplicável ao mandado de segurança também.[63]

Ainda vale dizer que as decisões (liminares ou finais) concessivas de mandado de segurança estão sujeitas a pedido de suspensão, na forma do que preveem o art. 15 da atual LMS – e na esteia do que já previam os arts. 4.º da Lei 4.348/1964, e 4.º da Lei 8.437/1992. Embora não se trate propriamente de um recurso, trata-se de instrumento altamente eficaz em favor do Poder Público, para inibir a concessão de decisões em mandado de segurança que impliquem lesão a interesses públicos.

Em doutrina, tem-se criticado o emprego da medida, que desequilibra as partes e torna francamente desfavorável a condição do impetrante. Mais do que isso, o texto legal autoriza a suspensão da decisão recorrida *ainda quando esta estiver correta*! Basta que a decisão possa causar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas para que se possa suspender a eficácia de uma decisão de mandado de segurança, ainda quando a medida judicial esteja correta e adequada ao caso concreto. Isso é, evidentemente, um absurdo, porque legitima ato injurídico praticado pelo Poder Público.[64] Por isso, e em que pese a redação dada ao art. 15 da LMS, impõe-se a conclusão de que, a par da existência da grave lesão a tais interesses, haja plausibilidade na tese apresentada pelo Poder Público para que se autorize a suspensão da decisão.

No mais, aplicam-se aos recursos em mandado de segurança as previsões gerais, contidas no Código de Processo Civil. Assim, o prazo para recurso (inclusive as previsões de prazos ampliados) é aquele estipulado na legislação geral, a forma e os pressupostos recursais também seguem os ditames comuns, seguindo ainda aquela disciplina geral a contagem dos prazos para a interposição do recurso.[65]

Nos termos do que prevê o art. 14, § 2.º, da LMS, o direito de recorrer da sentença concessiva do mandado de segurança não é exclusivo da pessoa jurídica prejudicada. Além dela – e, evidentemente, de litisconsortes que possam existir – tem legitimidade recursal a própria autoridade coatora. Obviamente, porém, para que ela possa recorrer da sentença de mandado de segurança, deve ostentar *interesse recursal*, que será caracterizada pela existência de prejuízo próprio com a sentença e de possibilidade de sanar esse dano com o recurso.[66]

Recorde-se, por fim, que os mandados de segurança de competência originária de tribunal estão sujeitos a recurso ordinário, nas hipóteses previstas no Texto Constitucional (art. 102, II e art. 105, II, da CF).

1.4.10. Coisa julgada

Embora o mandado de segurança seja uma ação célere e *formalmente* sumária, as decisões finais aqui prolatadas possuem carga declaratória suficiente para gerar coisa julgada. Com efeito, apesar da restrição de prova e a rapidez do trâmite deste *writ*, a cognição que o juiz tem dos fatos é, aqui, exauriente, embora limitada pela prova documental. Por isso, há formação de "juízo de certeza" e, assim, coisa julgada.

Há, porém, uma regra da nova legislação que pode suscitar controvérsia a respeito do assunto. Trata-se do art. 19 da LMS, que afirma que "a sentença ou o acórdão que denegar mandado de segurança, sem decidir o mérito, não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais". A expressão "pleiteie os seus direitos" poderia sugerir a alguém que, no mandado de segurança, não se reconhece o direito do requerente, mas apenas se concede ordem para cessar o ato ilegal da autoridade coatora. Obviamente, a interpretação é equivocada. Como já sublinhado, há coisa julgada no mandado de segurança, o que implica dizer que existe, aqui, *reconhecimento do direito do impetrante e da ilegalidade da atuação do Poder Público*. A intenção da regra era apenas a de inviabilizar o emprego do mandado de segurança para buscar efeitos patrimoniais pretéritos, que devem ser pleiteados em medida própria.[67] A limitação quanto à prova no mandado de segurança não torna sumária a cognição judicial. O juiz tem conhecimento *aprofundado* dos fatos discutidos, mas apenas está jungido ao exame desses fatos por via da prova documental. Não há, portanto, juízo de aparência aqui, mas análise calcada em prova suficiente e idônea para gerar convicção de certeza no magistrado. Daí porque é possível afirmar que *há reconhecimento da existência do direito do requerente*, de modo que a expressão contida no dispositivo merece cautela.

Todavia, pode ocorrer que o magistrado se convença da insuficiência da prova documental para a comprovação dos fatos tratados no mandado de segurança. Nesse caso, a sentença reconhecerá a inadequação da via eleita para a discussão ocorrida. Consequentemente, a sentença – que, de certo modo, será uma sentença de "insuficiência de prova" – será meramente terminativa e, portanto, não estará sujeita à coisa julgada.

Muito diferente será a hipótese em que o juiz se convença de que a prova documental seria suficiente para a comprovação dos fatos debatidos no mandado de segurança, entendendo, porém, que a parte não se desincumbiu do ônus da prova em relação ao alegado. Nesse caso, a via do mandado de segurança seria sim adequada para a discussão, mas o defeito na produção da prova e a consequente aplicação do regime do *onus probandi* inviabilizam a procedência do pedido. Aqui haverá coisa julgada material, sem que se possa – salvo em razão de ação rescisória – rediscutir a questão, seja em mandado de segurança, seja em outro tipo de demanda.

1.5. O mandado de segurança coletivo e seu desenho constitucional

A Constituição de 1988 preocupou-se, a par da proteção com os direitos individuais,

também com a tutela dos direitos coletivos (aí englobados os interesses individuais de massa e os interesses metaindividuais). Para este último fim, concebeu três instrumentos processuais especificamente designados: o mandado de segurança coletivo (previsto no art. 5.º, LXX, da CF), a ação popular (art. 5.º, LXXIII) e a ação civil pública (a que alude o art. 129, III).

Isso implica o reconhecimento constitucional dos interesses de grupo e, indiretamente, a necessidade de que – por serem interesses tuteláveis judicialmente – se lhes ofereça proteção adequada, com fulcro no art. 5.º, XXXV, da CF.

Em razão disso, impõe-se a conclusão de que o direito infraconstitucional deve oferecer mecanismos de proteção adequados e eficientes para a tutela de interesses coletivos. Essa conclusão é ainda mais reforçada pela circunstância de que, especialmente em relação ao mandado de segurança coletivo, vem ele previsto – pouco importando o interesse que é por ele protegido – como garantia fundamental autônoma. Vale dizer que sua potencialidade deve ser maximizada, servindo para cá aquilo que se disse acima, ao analisar o mandado de segurança individual.

A previsão constitucional que trata do mandado de segurança coletivo limita-se a estabelecer os legitimados para esta ação. Em contraste com a legitimidade para outras ações coletivas (qualquer cidadão para a ação popular e vários entes para as ações civis públicas), é de se questionar se a legitimação aqui prevista é exclusiva, ou seja, se o rol trazido no dispositivo em questão é exaustivo.

Nada há que autorize esta conclusão. A garantia fundamental, como cediço, não pode ser *restringida*, mas nada impede (aliás, será muito salutar) que seja *ampliada*. Daí ser possível questionar-se da possibilidade de autorizar os legitimados para as ações civis públicas a proporem mandado de segurança coletivo. Partindo-se do pressuposto de que o mandado de segurança coletivo é apenas uma *forma de procedimento*, mostra-se impossível fugir da conclusão de que *a tutela dos interesses coletivos já foi outorgada, pelo Texto Constitucional e por diplomas infraconstitucionais, a outras entidades além daquelas enumeradas no dispositivo em exame*. Ora, se essas outras entidades já estão habilitadas à proteção desses interesses, qual seria a racionalidade em negar-lhes autorização para utilizar de *uma via processual* de proteção? Absolutamente, nenhuma. Diante disso, parece bastante razoável sustentar a ampliação – pelo direito infraconstitucional e também pelas normas constitucionais (*v.g.*, art. 129, III) – do rol de legitimados para a impetração deste remédio constitucional, de sorte que *todos* os autorizados para as ações civis públicas também tenham à sua disposição o mandado de segurança coletivo como técnica processual para a proteção dos interesses de massa.[68]

Quanto aos legitimados expressamente elencados no preceito em análise, entende a jurisprudência do STF que há ali substituição processual, de modo que não se exige autorização dos substituídos para a propositura da medida.[69]

Relativamente aos partidos políticos, é necessário que, quando do ajuizamento da medida, possuam eles representação no Congresso Nacional, ainda que essa representação venha a ser perdida no curso da ação. Embora o Texto Constitucional não ponha qualquer limite para os interesses que possam ser defendidos pelos partidos políticos, entende-se que eles estão legitimados para a tutela de qualquer interesse que esteja abrangido por sua finalidade institucional (art. 1.º da Lei 9.096/1995). É questionável essa conclusão, na medida em que essa restrição não encontra amparo na previsão constitucional que trata do assunto. Do ponto de vista constitucional, portanto, os partidos políticos estão habilitados à proteção de qualquer interesse coletivo, difuso ou individual homogêneo, independentemente de autorização.

No que diz respeito às associações, organizações sindicais e entidades de classe, vigora o entendimento de que somente em relação às primeiras (as associações) é aplicável o requisito da pré-constituição há um ano.[70] Outrossim, embora também seja usual restringir-se a legitimação desses entes, em mandado de segurança coletivo, para a proteção de interesses relacionados às suas finalidades associativas, vale aqui a observação feita acima, referente aos partidos políticos. Não se apoiando essa restrição em qualquer elemento do Texto Constitucional, nada há que a justifique, mormente em se tratando de interpretação de garantia fundamental.

O Texto Constitucional não se preocupou em oferecer desenho específico do mandado de segurança coletivo, seja em relação aos seus requisitos, seja quanto à extensão dos seus efeitos. Por isso, aplica-se-lhe a disciplina prevista para o mandado de segurança individual, na avaliação dos requisitos necessários para a sua impetração. Assim, exige-se que o mandado de segurança coletivo tenha por objeto ato (ou omissão) de autoridade pública ou de pessoa no desempenho de função pública. Impõe-se também a presença de direito líquido e certo, ou seja, a prova documental das afirmações feitas na petição inicial pelo requerente da medida.

1.6. A disciplina infraconstitucional do mandado de segurança coletivo

No campo infraconstitucional, a disciplina do mandado de segurança coletivo foi dada pela Lei 12.016/2009, não existindo regime próprio anteriormente. Talvez, aliás, fosse preferível permanecer com a omissão legislativa, diante do verdadeiro desastre operado pelo regime conferido ao mandado de segurança coletivo pela atual legislação. O tema foi tratado, apenas, em dois dispositivos (arts. 21 e 22 da LMS) e ambos estão permeados de diversas inconstitucionalidades manifestas.

1.6.1. A legitimação para o mandado de segurança coletivo

O primeiro artigo que disciplina o mandado de segurança coletivo (art. 21) estabelece, em primeiro lugar, o regime da legitimidade para a ação. Nesse campo, a regra estabelece que os partidos políticos podem usar da via para a proteção de “interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária” e que as organizações sindicais, as

entidades de classe e as associações podem valer-se do *writ*, desde que constituídos há um ano, e para a defesa de "direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Como já sublinhado anteriormente, as restrições postas no texto legal violam claramente o preceito constitucional, ao inviabilizar o uso da medida em diversos casos.

Quanto aos partidos políticos, a questão é evidente. Ao limitar a legitimação do ente à proteção de interesses de seus integrantes ou à finalidade partidária, o texto infraconstitucional acrescenta condições inexistentes no art. 5.º, LXX, da CF. Essas condições, ademais, restringem o cabimento do mandado de segurança coletivo, já que o instrumento praticamente só poderá ser utilizado para a proteção de seus filiados ou para a proteção de interesses específicos e próprios do partido. Há, aí, clara ofensa à garantia constitucional, que jamais pretendeu que o mandado de segurança coletivo fosse transformado em forma privilegiada de ação coletiva, a ser empregada exclusivamente para a proteção dos interesses dos partidos políticos. Os partidos políticos foram alçados à legitimação para esta ação porque se entendeu que ostentariam representatividade adequada para a proteção de toda a sociedade em diversos assuntos. Aceitando-se a restrição posta no direito infraconstitucional, menospreza-se a medida, transformando-a em ação privilegiada para certo segmento da sociedade.[71]

A mesma crítica pode ser feita em relação ao regime de legitimação dado às entidades sindicais e associativas. A permissão dada praticamente transforma essas entidades em "representantes legais" de seus associados ou sindicalizados, para a impetração de mandados de segurança. Vale dizer que o regime dado a essas entidades alicerça-se no art. 5.º, XXI, da CF, olvidando completamente o que prevê o art. 8.º, III, da mesma Carta Maior. Mais do que isso, esqueceu-se o legislador infraconstitucional que sequer para estas tutelas foi restrito o emprego do mandado de segurança coletivo. Novamente, a intenção do legislador constituinte foi oferecer a entes que têm representatividade social o papel de proteção de *todos* os tipos de direitos metaindividuais ou individuais de massa, de modo que é de todo ilegítimo transformar essa garantia constitucional em simples instrumento mais célere (e privilegiado) para a proteção de interesse de alguns sujeitos – especificamente aqueles vinculados à entidade associativa ou sindical.

Tem-se, portanto, que não podem ser tomadas a sério as restrições apresentadas pela lei quanto à legitimação para o mandado de segurança coletivo.

1.6.2. Objeto do mandado de segurança coletivo

Quanto aos direitos que podem ser protegidos pelo mandado de segurança coletivo, mais uma vez a Lei 12.016/2009 afastou-se da diretriz constitucional. Segundo prevê o parágrafo único do art. 21 desta Lei, somente direitos coletivos e individuais homogêneos – estes, em caracterização ainda mais restritiva do que aquela apresentada pelo art. 81,

parágrafo único, do CDC, na medida em que, para a lei, só o serão os direitos de origem comum "e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante" – podem ser protegidos por meio do mandado de segurança coletivo.

Exclui a lei, sem razão plausível, os direitos difusos do objeto do mandado de segurança coletivo.

A exclusão é coerente com a opção, manifesta no *caput* do art. 21, de transformar o mandado de segurança coletivo em forma de proteção especial dos associados ou dos vinculados aos legitimados. Porém, como visto, essa maneira de ver o *writ* constitucional é absolutamente equivocada. Conceder via especial e privilegiada para certos particulares defenderem seus interesses certamente violaria a garantia de isonomia, de modo que essa visão do mandado de segurança coletivo não pode prevalecer.

Por isso, é de se ter como passível de proteção, por meio do mandado de segurança coletivo, qualquer espécie de interesse metaindividual (difuso ou coletivo), bem como dos interesses individuais de massa (interesses individuais homogêneos).

1.6.3. Procedimento

Quanto ao procedimento do mandado de segurança coletivo, a Lei 12.016/2009 não teve a preocupação de tratar do assunto, mantendo o vácuo até então existente. Aplica-se, portanto, o regime procedimental dado ao mandado de segurança individual, ao menos se harmonioso com as necessidades da tutela coletiva.

A única regra (já existente anteriormente, por meio do art. 2.º, da Lei 8.437/1992) que trata do procedimento é a previsão contida no art. 22, § 2.º, da LMS, que estabelece o dever de ouvir o representante judicial da pessoa jurídica de direito público, no prazo de setenta e duas horas, antes de decidir sobre a concessão de medida liminar.

A previsão, como já observado em relação à previsão anterior, agora repetida, merece ser tomada com certo temperamento. É que haverá situações em que a observância desse prévio contraditório inviabilizará a tutela adequada do direito – seja porque a pessoa jurídica impetrada poderá antecipar ou aumentar a violação ao direito que se busca proteger, seja por conta da urgência que o caso requer. Nesses casos, evidentemente, não se poderá observar a previsão, competindo ao juiz avaliar a possibilidade – sempre de forma justificada – de conceder medida liminar *inaudita altera parte*, ou seja, sem a prévia observância do preceito em questão.

Em tais situações, como é claro, haverá a colisão entre o direito à tempestividade da jurisdição e o contraditório do réu, que poderá determinar, diante de certa circunstância específica, o preterimento desta em favor daquela garantia.

1.6.4. Coisa julgada e litispendência em mandado de segurança coletivo

Nos termos do art. 22 da LMS, a coisa julgada do mandado de segurança coletivo tem disciplina autônoma em relação ao que se vê no campo dos processos coletivos em geral.

Em primeiro lugar, percebe-se que aqui a coisa julgada é *erga omnes*, mesmo para os casos de direitos individuais homogêneos, tanto nos casos de concessão como de denegação da segurança. Recorde-se que, no campo das ações coletivas em geral, a coisa julgada, para ações que tutelam direitos individuais homogêneos, só se estabelece em favor dos indivíduos (art. 103, III, da Lei 8.078/1990); no caso de improcedência do pedido, não se proíbe a rediscussão da questão. Aqui, ao contrário, aquela distinção não é feita, de modo que mesmo as sentenças denegatórias prejudicarão novas ações coletivas.

Poder-se-ia, ainda, supor que a interpretação do dispositivo sugere que também novas ações individuais ficariam vedadas pela coisa julgada *erga omnes* aqui operada. Porém, parece que essa solução não se harmoniza com o sistema de proteção coletiva brasileiro. Sem que se tenha o controle da representação adequada do impetrante, parece prematuro pretender estender a todos os indivíduos – em suas pretensões individuais – a imutabilidade dos efeitos da sentença coletiva, da qual não puderam participar. Por isso, parece mais razoável concluir que a coisa julgada *pro et contra* do mandado de segurança coletivo só se dá no plano coletivo, impedindo outra ação coletiva sobre a mesma questão, mas não tolhendo do indivíduo o direito de discutir a questão em demanda própria. Favorece essa interpretação, ainda, o contido no art. 22, § 1.º, da LMS, a dizer que o indivíduo pode "beneficiar-se" da sentença coletiva, se requerer a extinção de sua ação individual.

Prevê, ainda, art. 22 da LMS que a sentença proferida no mandado de segurança coletivo só faz coisa julgada em relação "aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante".

Mais uma vez, embora coerente com a opção que permeia toda a Lei 12.016/2009 – de transformar o mandado de segurança coletivo em instrumento de representação processual para interesses de pessoas determinadas ligadas ao ente associativo ou ao partido político – a regra não se harmoniza com a verdadeira extensão do mandado de segurança coletivo.

Como antes observado, não há restrição constitucional quanto ao cabimento do mandado de segurança coletivo, de modo que se deve admitir sua impetração tanto para a tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Sendo assim, é evidente que a regra contida no *caput* do art. 22 é despropositada, já que, ao menos em relação aos direitos difusos, a extensão da coisa julgada não pode ser limitada, devendo ser compreendida com amplitude *erga omnes*.

Por fim, para coroar o infecundo tratamento legislativo que o mandado de segurança coletivo recebeu da Lei 12.016/2009, entendeu o diploma por disciplinar a litispendência entre os mandados de segurança individuais e o coletivo. Nesse passo, estabeleceu o art. 22, § 1.º, da LMS, que "o mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva".

A previsão pode parecer inofensiva, na medida em que, aparentemente, limita-se a repetir o regime da litispendência já existente em relação à ação civil pública (art. 104 do CDC). Há, porém, uma pequena diferença, que gera um grave problema. O preceito estabelece – ao contrário do que consta no art. 104 do CDC, que simplesmente alude ao pedido de "suspensão" da ação individual – que, no caso do mandado de segurança, é necessário que o impetrante individual requeira a *desistência* de seu *writ* para que seja favorecido pela ação coletiva.

A razão dada para essa diferença de tratamento estaria no fato de que a coisa julgada no mandado de segurança coletivo é, conforme sinaliza o *caput* do art. 22, *pro et contra*, de modo que descaberia o prosseguimento de eventual mandado de segurança individual, diante da possível improcedência do mandado de segurança coletivo. Ou seja, caso a lei admitisse apenas a suspensão do mandado de segurança individual, estaria implicitamente admitindo o seu prosseguimento diante da improcedência da ação coletiva; todavia como essa possibilidade não existe, descaberia a suspensão que vigora no regime das ações coletivas em geral. Todavia, a discrepância geral de tratamento não se justifica. Como já visto, essa interpretação não pode ser aceita, nem é compatível com o verbo "beneficiar-se" contido no art. 22, § 1.º, da LMS.

Por isso, a medida é de inconstitucionalidade manifesta. Com efeito, vê-se a clara violação à isonomia, já que o direito brasileiro passa a apresentar tratamento distinto para ações comuns e mandados de segurança – na medida em que a legislação agora passa a exigir apenas a suspensão de ação individual para que o prejudicado possa beneficiar-se da sentença coletiva, ao passo que exige a extinção do mandado de segurança individual para que o cidadão possa favorecer-se da decisão no mandado de segurança coletiva e se estabelece a coisa julgada *pro et contra* também neste campo – sem qualquer justificativa.

Por isso, ou se altera a legislação que disciplina a litispendência entre ações comuns – para também obrigar o indivíduo a desistir de sua ação para favorecer-se da ação coletiva e se estabelece a coisa julgada *pro et contra* também neste campo – ou se há de ter por inconstitucional, em razão da violação da isonomia, o preceito em exame. Haja vista a manutenção, ao menos até agora, do art. 104 do CDC, a segunda opção é a única que resta.

Vê-se, portanto, que foi infeliz o legislador ordinário em relação à disciplina do mandado de segurança coletivo. Melhor seria ter ficado com o vácuo anterior.

1

ALFREDO BUZAID localiza antecedentes do mandado de segurança nas *seguranças reais*, das Ordenações do Reino (Ordenações Afonsinas, liv. III, tít. 123; Ordenações Manuelinas, liv. V, tít. 50; Ordenações Filipinas, liv. V, tít. 128) e na tutela possessória de direitos pessoais (*Do mandado de segurança*, vol. I, p. 26-28). É comum, na doutrina, ligar-se as origens do mandado de segurança ao *juicio de amparo* mexicano ou ainda aos *writs* anglo-americanos, em especial ao *writ of mandamus*.

2

O instituto havia sido proposto anteriormente, com o nome de mandado de garantia, no projeto de revisão constitucional elaborado por Alberto Torres, mas com perfil bem mais amplo (v. ALFREDO BUZAID, op. cit., p. 22).

3

A propósito da evolução histórica do mandado de segurança, v. JOSÉ DE CASTRO NUNES, *Do mandado de segurança*, p. 22 e ss.

4

O dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei 191, de janeiro de 1936, caracterizada como a primeira lei do mandado de segurança brasileiro.

5

A medida, porém, não foi abolida, já que prevista pelo Dec.-lei 6, de 16.11.1937.

6

V.J.J. GOMES CANOTILHO, Constituição e défice procedimental, *Estudos sobre direitos fundamentais*, p. 72 e ss.

7

O *acesso subjetivo*, indicado no texto, aponta para a necessidade de conceber instrumentos que habilitem *todas as pessoas* a valerem-se do mandado de segurança. Obstáculos como os custos do processo, as despesas advocatícias, bem como os gastos com a instrução ou com os recursos processuais não podem tolher a todas as pessoas o acesso ao mandado de segurança. Por outro lado, a *acessibilidade objetiva* exige que qualquer situação que se amolde à hipótese descrita no Texto Constitucional (afirmação de lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo, não amparada por *habeas corpus* ou *habeas data*, por ato de autoridade) *deve* autorizar a impetração do mandado de segurança. Em razão disso, por exemplo, regras como o ônus da prova ou a suficiência do convencimento podem exigir interpretação distinta frente ao mandado de segurança, sob pena de se negar o acesso ao mandado de segurança para certos tipos de pretensões (v., sobre o tema, LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 5, t. II, p. 94-222; SÉRGIO CRUZ ARENHART, Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro, *Revista jurídica* 343/25 e ss., Porto Alegre: Notadez, mai. 2006).

8

Aliás, a ilegitimidade desse tipo de decisão fica ainda mais evidente, quando se contrasta com as previsões contidas no Código de Processo Civil, para quaisquer tipos de procedimentos, em que se autoriza a correção dos eventuais defeitos processuais encontrados, antes de extinguir o processo (*v.g.*, arts. 6.º, 317, 338 e 352 do CPC).

9

Nessa mesma linha, v. CELSO AGRÍCOLA BARBI, *Do mandado de segurança*, p. 48 e ss.; FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda 1/1969*, t. V, p. 361 e ss.

10

O emprego eficaz do mandado de segurança preventivo, porém, exigirá do operador do direito a percepção de que as exigências – sobretudo em matéria de provas – para a concessão da proteção *terão de ser mais tênues* do que aquelas que determinam a outorga da tutela repressiva. Não se pode, sob pena de inviabilizar a concessão do mandado de segurança preventivo, exigir daquele que reclama proteção preventiva a mesma completude de prova que se impõe àquele que solicita proteção *a posteriori*.

11

CAIO TÁCITO, Mandado de segurança preventivo, *RDAdm* 61/222, Rio de Janeiro: FGV, jul.-set. 1960.

12

Idem, p. 222. Em conclusão, remata o jurista dizendo que “assim como na violência consumada, a que o juiz atende reparando o direito, também na ameaça ou expectativa de violência, ter-se-á sempre um dado objetivo que se caracteriza no ato ou omissão da autoridade” (op. loc. cits.).

13

No mesmo sentido é o escólio de CELSO AGRÍCOLA BARBI (*Do mandado de segurança*, cit., p. 81). Na ótica deste jurista, o justo receio da lesão deve revestir-se de certas características. Para determinar estas características, recorre o autor à orientação fornecida pelo Congresso Internacional de Direito Comparado, realizado em Bruxelas, no ano de 1958, que indicava que esta ameaça deveria ser "objetiva e atual". Ao explicar estes conceitos, proclamou-se naquele conclave que "entendemos que a 'ameaça' será 'objetiva' quando 'real', traduzida por fatos e atos, e não por meras suposições; e será 'atual' se existir no momento, não bastando que tenha existido em outros tempos e haja desaparecido" (p. 81). A exigência destes dados objetivos, a indicar a efetiva ameaça objetiva, tem efetivamente a sua razão de ser, pois, como acentuou ALFREDO BUZAID (*Do mandado de segurança*, cit., p. 204), a função do mandado de segurança preventivo é tutelar uma situação específica, em que certo direito determinado está em risco; não é função deste *writ* fornecer proteção genérica, utilizável a qualquer situação futura indeterminada em que pudesse aplicar-se (mesmo porque esta é a atribuição da lei e não da atuação jurisdicional).

14

STJ, REsp 18.618, rel. Min. Demócrito Reinaldo, *DJU* 15.06.1992, p. 9.224.

15

AMS 112.033, rel. Min. Torreão Braz, *DJU* 19.09.1988, p. 23.557. Ainda neste mesmo sentido, v. TRF-5.ª Reg., AMS 2.411, 2.ª Seção, rel. Juiz Castro Meira, *DJU* 08.03.1991, p. 4101; *RSTJ* 46/525; *RT* 631/201; STJ, REsp 90.966/BA, 1.ª T., rel. Min. Milton Luiz Pereira, *DJU* 28.04.1997, p. 15813.

16

"É constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança" (Súmula 632 do STF).

17

FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, t. VI, p. 89.

18

Assim, STF, MS 20.171, Pleno, rel. Min. Rafael Mayer, *RTJ* 89/01; STF, RE 75.872/SP, 1.ª T., rel. Min. Antonio Neder, *RTJ* 78/02; STF, RE 63.123/SP, 2.ª T., rel. Min. Xavier de Albuquerque, *DJU* 04.05.1973; STF, RE-Embargos 64.785/ES, Pleno, rel. Min. Djaci Falcão, *DJU* 20.11.1972.

19

"Pedido de reconsideração na via administrativa não interrompe o prazo para o mandado de segurança" (Súmula 430 do STF).

20

CELSO AGRÍCOLA BARBI, *Do mandado de segurança*, cit., p. 118.

21

Muito se discute, em doutrina, sobre quem é o réu da ação de mandado de segurança. Há quem diga que o réu é a autoridade coatora, enquanto outros afirmam que o polo passivo é formado pela pessoa jurídica a quem aquela pertence, sendo representada, em primeiro grau, por esta. Parece mais correta essa segunda visão, já que a autoridade coatora só está no mandado de segurança em primeiro grau. Após a sentença, em regra o prosseguimento da ação se dá em face da pessoa jurídica responsável pelo ato, deixando a autoridade de representá-la.

22

Nesse sentido, "praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial" (Súmula 510 do STF).

23

Nesse sentido, v. STF, RMS 24.552/DF, Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJU* 22.10.2004, p. 38; STJ, CC-EDcl 38.008/PR, 1.ª Seção, rel. Min. Eliana Calmon, *DJU* 28.10.2003, p. 181.

24

STJ, RMS 24.217/PA, 5.ª T., rel. Min. Napoleão N. Maia Filho, *DJe* 16.10.2008; STJ, EDcl no REsp 865.391/BA, 1.ª T., rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 13.11.2008.

25

STJ, RMS 21.508/MG, 1.ª T., rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 12.05.2008; STJ, AgRg no REsp 697.931/MT, 5.ª T., rel. Min. Laurita Vaz, *DJe* 07.04.2008.

26

STJ, AgRg no REsp 1.067.041/RS, 1.ª T., rel. Min. Francisco Falcão, *DJe* 01.10.2008; STJ, REsp 806.467/PR, 1.ª T., rel.

Min. Luiz Fux, *DJ* 20.09.2007, p. 230.

27

V.g., STJ, REsp 782.655/MG, 1.ª T., rel. Min. Francisco Falcão, *DJe* 14.10.2008; STJ, REsp 810.982/PR, 2.ª T., rel. Min. Castro Meira, *DJU* 01.10.2007, p. 260; STJ, RMS 20.780/RJ, 5.ª T., rel. Min. Felix Fischer, *DJU* 17.09.2007, p. 307.

28

V., por todos, Ovídio Baptista da Silva, *Curso de processo civil*, vol. 2, p. 392-394.

29

V.g., STJ, 1.ª Seção, CC 63.955/SP, rel. Min. Humberto Martins, *DJU* 13.08.2007, p. 317; STJ, 1.a Seção, CC 52.324/SC, rel. Min. Herman Benjamin, *DJU* 01.10.2007, p. 199.

30

"A existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão de autoridade" (Súmula 429 do STF).

31

A propósito do conceito de prova documental – que não se confunde com o de prova documentada – remete-se o leitor ao que se expôs no vol. 2 deste *Curso.*

32

Nesse sentido, v. STJ, MS 13.395/DF, 3.ª Seção, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* 18.11.2008; STJ, MS 12.636/DF, 3.ª Seção, rel. Min. Felix Fischer, *DJe* 23.09.2008.

33

"O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança" (Súmula 269 do STF). "Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria" (Súmula 271 do STF).

34

"Não cabe mandado de segurança contra lei em tese" (Súmula 266 do STF).

35

STJ, RMS 24.608/MG, 2.ª T., rel. Eliana Calmon, *DJe* 21.11.2008; STJ, RMS 22.499/RJ, 1.ª T., rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 03.11.2008; STJ, RMS 17.112/SC, 1.ª T., rel. Min. Denise Arruda, *DJe* 29.10.2008.

36

Neste último caso, também é frequente o emprego das medidas cautelares para dar efeito suspensivo a esses recursos.

37

A regra anterior dizia não caber o mandado de segurança contra ato judicial sujeito a recurso ou que pudesse ser alterado por meio de correição. No mesmo sentido, é a Súmula 267 do STF: "Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição". Logicamente, a regra presente na lei atual do mandado de segurança é diferente do contido na súmula mencionada, o que faz concluir por sua superação à vista da lei nova. Por isso, sempre que eventual recurso judicial não seja dotado de efeito suspensivo, é de se admitir a impetração do mandado de segurança.

38

STJ, AgRg no RMS 25.181/ES, 2.ª T., rel. Min. Humberto Martins, *DJe* 18.09.2008; STJ, RMS 26.693/AM, 1.ª T., rel. Min. Teori Zavascki, *DJe* 30.06.2008; STJ, AgRg no RMS 24.064/BA, 6.ª T., rel. Min. Hamilton Carvalhido, *DJe* 15.09.2008.

39

STJ, MC 13.555/SP, 1.ª T., rel. Min. José Delgado, *DJe* 17.04.2008; STJ, MS 9.304/SP, Corte Especial, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJ* 18.02.2008, p. 20; STJ, RMS 20.574/RJ, 5.ª T., rel. Min. Felix Fischer, *DJ* 18.12.2006, p. 411.

40

Obviamente, não entram nessa situação aqueles casos em que, embora a lei não admita o efeito suspensivo, se tem autorizado o emprego de subterfúgios (como as medidas cautelares ou mesmo o mandado de segurança) para conferir efeito suspensivo ao recurso, como ocorre com o recurso extraordinário e o recurso especial.

41

O entendimento já era, anteriormente, pacificado por meio da Súmula 268 do STF: "Não cabe mandado de segurança

contra decisão judicial com trânsito em julgado".

42

"Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária" (Súmula 405 do STF).

43

Em matéria tributária, por exemplo, é comum o magistrado exigir caução para deferir medida liminar que gere a suspensão de exigibilidade de crédito tributário. Nesse caso, porém, há manifesto equívoco da autoridade judiciária, já que o Código Tributário Nacional prevê, no art. 151, II, como causa de suspensão do crédito tributário, o depósito do montante integral questionado, estabelecendo, no seu inc. IV, com o mesmo efeito, a concessão de liminar em mandado de segurança. Ora, é óbvio que, se o impetrante realiza o depósito integral do tributo questionado, não precisa mais da liminar para ter essa proteção. Assim, nada justifica condicionar-se a concessão de liminar ao depósito da importância devida nesse tipo de caso.

44

V.g., art. 1.º, *b,* da Lei 4.348/1964, que fixa prazo de duração de noventa dias (prorrogáveis por mais trinta) para a liminar em mandado de segurança.

45

A exemplo do contido no art. 5.º da Lei 4.348/1964, que previa que "não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens".

46

Porém, há súmula no sentido de que "não cabe agravo regimental contra decisão do relator que concede ou indefere liminar em mandado de segurança" (Súmula 622 do STF).

47

V.g., art. 167 do CPC/1939.

48

Nesse sentido, entre outros, v. THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *O mandado de segurança,* cit., p. 184.

49

CELSO AGRÍCOLA BARBI, op. cit., p. 163.

50

A conclusão é, evidentemente, criticável, pois nem todos os interesses estatais podem ser qualificados como indisponíveis. A opinião, porém, é praticamente uniforme em jurisprudência.

51

Exemplificativamente, nenhum sentido há em impor-se a participação do Ministério Público em casos de discussão de temas tributários individuais, ou quando se impugne alguma multa administrativa. Nesses casos, o interesse deduzido é, apenas, particular, de modo que seria um exagero pretender a atuação do *Parquet* no caso.

52

Súmula 512 do STF: "Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança".

53

Como assinala PONTES DE MIRANDA, "na ação mandamental, pede-se que o juiz mande, não só que declare (pensamento puro, enunciado de existência), nem que condene (enunciado de fato e de valor); tampouco se espera que o juiz por tal maneira fusione o seu pensamento e o seu ato que dessa fusão nasça a eficácia constitutiva. Por isso mesmo, não se pode pedir que dispense o 'mandado'. Na ação executiva, quer-se mais: quer-se o *ato* do juiz, fazendo, não o que devia ser feito pelo juiz *como juiz*, sim o que a parte deveria ter feito. No mandado, o ato é ato que só o juiz pode praticar, por sua estatalidade. Na execução, há mandados – no correr do processo; mas a *solução* final é ato da parte (solver o débito). Ou do juiz, *forçando*" (FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, t. I, p. 224).

54

No passado, muita crítica houve sobre a existência dessa categoria de sentenças, sendo de se referir à veemente observação de ALFREDO BUZAID, que entendia, a respeito das teorias que tratavam da ação mandamental, que "cada uma destas teorias surpreende, sem dúvida, um aspecto da verdade; mas esta visão parcial e incompleta não permitiu que os seus ilustres autores abrangessem o instituto em toda a sua extensão, força e alcance. O defeito capital das três

primeiras teorias (pois a quarta e a quinta não podem ser aceitas por motivos diferentes) está em conceituar a segurança pela *executividade* do seu mandado, o que significa explicar a natureza do todo por apenas uma de suas partes. Não se pretende com isso dizer que a *executividade* seja de pouca monta; mas ela é um *posterius*, do qual o *prius* é a sentença que reconhece o direito líquido e certo do seu titular ofendido ou ameaçado por ato ilegal ou de abuso de poder praticado pela autoridade coatora. Entre um e outro há um nexo de interdependência, não sendo legítimo atribuir ao efeito importância maior do que à causa que o determinou. A decisão é, pois, o antecedente necessário; o mandado, o consequente lógico. Este não existe sem aquele. Em suma, considerá-lo uma contramedida de execução será ver o fenômeno jurídico apenas em um dos seus aspectos, ou seja, o efeito da decisão, desprezando os demais, nomeadamente a *eficácia da sentença*, que resolve a lide entre o impetrante da segurança e a autoridade reputada coatora. A *mandamentalidade* não é, em consequência, um objetivo autônomo apto a criar uma nova categoria de ação, ao lado da declaratória, constitutiva e condenatória" (ALFREDO BUZAID, *Do mandado de segurança*, vol. 1, p. 73). Na doutrina internacional, semelhante era a crítica de Schönke, que dizia: "Hay quien al lado de las anteriores coloca una cuarta clase de demandas, las llamadas *demandas de mandamiento*. Esta teoría procede de Kutner (*Unteilswirkungen ausserhalb des Zivilprozesses*, 1914, 21 y ss.) quien habla de un grupo especial de sentencias de mandamiento, entendiendo por tales aquellas 'en las que el Juez que entiende del asunto, sin resolver por sí mismo sobre la relación de derecho privado que exista en el fondo del litigio, da a otro órgano del Estado, Autoridad pública o funcionario público, la orden concreta de llevar a cabo u omitir un acto comprendido dentro de las facultades de su cargo, y ello en virtud de nueva y especial petición de la parte vencedora'. Enumera entre estos casos los de los §§ 767, 771 y 879, § 115, Ley de Subastas y § 146 de la Ordenanza concursal. Pero estos casos no deben ser reunidos formando un nuevo grupo, porque no se trata de una diferencia en el contenido, sino en los efectos. Participa de la teoría de Kuttner, Goldschmidt" (Adolfo Schönke, *Derecho procesal civil*, p. 153).

55

Eventualmente, este comportamento pode, quando muito, reduzir a pena atribuída ao réu, conforme prevê o art. 16 do CP.

56

Pense-se nas penas alternativas, na possibilidade de suspensão condicional do processo penal, na transação penal e ainda na real possibilidade de prescrição da pretensão executória do Estado, em razão do *quantum* da pena corporal cominada pelos tipos penais em tela.

57

É que, nos termos do que prevê a Lei dos Juizados Especiais (a que se sujeita esse tipo de delito), é praticamente inviável a prisão em flagrante do réu. Como prevê o art. 69, parágrafo único, daquela lei (Lei 9.099/1995), "ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança (…)".

58

Nessa linha, v. Sérgio Cruz Arenhart, A doutrina brasileira da multa coercitiva. Três questões ainda polêmicas, *RF* 396/233 e ss., Rio de Janeiro: Forense, mar.-abr. 2008.

59

No STJ já há vários precedentes entendendo pelo cabimento da multa coercitiva contra o Poder Público para a imposição de prestações de fazer e não fazer (*v.g.*, STJ, AgRg no Ag 1.130.749/DF, 5.ª T., rel. Min. Felix Fischer, *DJe* 17.08.2009; STJ, REsp 930.172/RS, 5.ª T., rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJe* 06.10.2008).

60

O STJ já admitiu o emprego de técnicas coercitivas para dar cumprimento à sentença do mandado de segurança, inclusive com a imposição de multa que recaia diretamente sobre o patrimônio da autoridade coatora (STJ, REsp 1.399.842/ES, 1ª T., rel. Min. Sérgio Kukina, J. 25.11.2014).

61

Nesse sentido, v. STJ, EREsp 654.837/SP, Corte Especial, rel. Min. Hamilton Carvalhido, *DJe* 13.11.2008; STJ, REsp 818.486/PA, 5.ª T., rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJe* 20.10.2008; STJ, REsp 869.169/SP, 2.ª T., rel. Min. Mauro Campbell Marques, *DJe* 16.09.2008.

62

Implicitamente, v. essa conclusão em STF, Rcl-AgRg 1.831/MS, Pleno, rel. Min. Néri da Silveira, *DJU* 12.04.2002, p. 55; STF, Rcl 1.015/RJ, Pleno, rel. Min. Néri da Silveira, *DJU* 24.08.2001, p. 47.

63

Recorde-se, aliás, que a vedação ao uso dos embargos infringentes no processamento do mandado de segurança era amplamente criticado pela doutrina nacional. Sustentava-se que as razões que levaram inicialmente a jurisprudência a

negar aplicação do regime dos embargos infringentes no processo do mandado de segurança – basicamente, a não previsão expressa desse recurso na lei especial que disciplinava essa ação e a incompatibilidade da tramitação do recurso com a rapidez desejada para o *writ of mandamus* – não se sustentavam. Por isso, defendia-se comumente, *de lege ferenda*, o afastamento dessa restrição, com a admissão dos embargos infringentes nesse processo. Com a alteração do Código de Processo Civil, parece que efetivamente não se pode mais sustentar qualquer restrição recursal daquele porte na tramitação do mandado de segurança.

64

A esse absurdo, pode-se somar a possibilidade de pedidos sucessivos de suspensão (art. 15, § 1.º, da LMS), a sua concomitância com a interposição de outros recursos (art. 15, § 3.º, da LMS) e a possibilidade de extensão da suspensão a outros casos análogos (art. 15, § 5.º, do LMS). Todas essas medidas, porém, tem sido amplamente utilizados pelo Poder Judiciário e consideradas constitucionais pelos tribunais superiores.

65

"O prazo para recorrer de acórdão concessivo de segurança conta-se da publicação oficial de suas conclusões, e não da anterior ciência à autoridade para cumprimento da decisão" (Súmula 392 do STF).

66

No mesmo sentido, v. BRUNO GARCIA REDONDO, GUILHERME PERES DE OLIVEIRA, RONALDO CRAMER, *Mandado de segurança – comentários à Lei 12.016/2009*, Rio de Janeiro: GEN, 2009, p. 122.

67

Nesse sentido, aliás, prevê o art. 14, § 4.º, da LMS, que eventuais prestações pecuniárias anteriores ao ajuizamento da inicial não podem ser impostas pela sentença de mandado de segurança, devendo ser buscadas em outra espécie de demanda.

68

No mesmo sentido, v. GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA, *Manual das ações constitucionais*, p. 605. Em sentido contrário, entendendo que o rol dos legitimados aqui em estudo é exaustivo, v. STF, MS 21.059/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU* 19.10.1990, p. 11.486.

69

STF, Rcl-AgRg 1.097/PE, Pleno, rel. Min. Moreira Alves, *DJU* 12.11.1999, p. 102; STF, RE 364.051/SP, 1.ª T., rel. Min. Marco Aurélio, *DJU* 08.10.2004, p. 9; STF, RE-AgRg 348.973/DF, 1.ª T., rel. Min. Cesar Peluso, *DJU* 28.05.2004, p. 38.

70

STF, RE 198.919/DF, 1.ª T., rel. Min. Ilmar Galvão, *DJU* 24.09.1999, p. 43.

71

Assim tb., v. BRUNO GARCIA REDONDO, GUILHERME PERES DE OLIVEIRA, RONALDO CRAMER, *Mandado de segurança – Comentários à Lei 12.016/2009*, Rio de Janeiro: GEN, 2009, p. 152.

Caso

José foi aprovado em segundo lugar num concurso público para técnico de Tribunal de Justiça. O edital, todavia, previa apenas uma vaga e prazo de validade de um ano, prorrogável por igual período. O primeiro colocado foi Samuel.

Durante o prazo de validade do concurso, Samuel foi aprovado em outro certame – desta vez, para a magistratura. Logo foi nomeado e entrou em exercício. José ficou animado, pois quando Samuel fosse nomeado para o cargo de técnico, provavelmente desistiria da vaga. Assim, o segundo colocado seria convocado.

Passado o prazo de validade do concurso, entretanto, Samuel não foi nomeado. Aflito, José pergunta a você, na condição de advogado, o que fazer. Afinal, José não foi aprovado dentro do número de vagas previsto em edital. Ele não tem direito líquido e certo à nomeação. Apenas Samuel o tem. Mas ele não demonstra o menor interesse em ser nomeado para o cargo de técnico. Como defender os interesses de seu cliente?

2. Habeas data

2.1. Questões preliminares

A Constituição da República assegura como garantia fundamental o direito de acesso às informações de interesse pessoal e a retificação de eventuais defeitos em suas informações sempre que detidas por órgão governamental ou entidade de caráter público (art. 5.º, XXXIII, XXXIV, *b*, e LXXII, da CF).

A fim de viabilizar esse direito, cria também o Texto Constitucional diversos mecanismos processuais, dentre os quais destaca-se o *habeas data*, como instrumento destinado especificamente a compelir o réu a apresentar as informações de caráter pessoal, permitindo também a correção de eventuais defeitos desses dados presentes em qualquer banco de dados público. Originalmente, o mecanismo foi criado como forma de permitir o conhecimento e a retificação de informações dos arquivos da época do regime militar.[1] Entretanto, sua abrangência mostrou-se de especial utilidade para vários outros aspectos, que não apenas a sua finalidade primeira.

A inclusão desse direito como garantia fundamental poderia sugerir a alguém a limitação dessa prerrogativa apenas às pessoas naturais. Assim, porém, não é. Também as pessoas jurídicas têm direito à informação adequada sobre questões de seu interesse, podendo também valer-se do *habeas data* para obter a retificação e a correção de informações a eles atinentes.

Esse procedimento constitucional foi regulamentado pela Lei 9.507/1997, indicando, como finalidade desse remédio, a função de "I – (…) assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público; II – para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo; III – para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável" (art. 7.º da LHD). É entendimento jurisprudencial consolidado o de que o fornecimento de informações incompletas, insuficientes ou ininteligíveis, equivale ao não oferecimento de informações, autorizando a impetração do *habeas data*.[2] Por outro lado, entende-se que, sempre que a pretensão for além da mera apresentação ou retificação de informações, o *habeas data* é via inadequada.[3]

Vale notar que somente bancos de dados *públicos* podem ser alvo do remédio em estudo. Não pode ele dirigir-se à correção de informações presentes em registros privados ou banco de informações particulares. Por outro lado, considera-se como público "todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo ou entidade produtora ou

depositária de informações" (art. 1.º, parágrafo único, da LHD). Constata-se, a partir daí, que não obrigatoriamente o banco de dados "público" será aquele pertencente a um órgão governamental. Desde que as informações possam ser utilizadas publicamente, tem-se banco de dados que pode ser objeto do *habeas data*.[4]

Por outro lado, a função desse remédio é dar guarida a informações *de caráter pessoal* do interessado. Não abrange, portanto, qualquer espécie de dado. Por outro lado, também é certo que há limites a essa liberdade de informações, podendo-se opor à pretensão do interessado razões outras de ordem pública, a exemplo da segurança da sociedade e do Estado (art. 5.º, XXXIII, da CF).[5]

A ação de *habeas data* é gratuita, não envolvendo custas, ainda que o interessado não seja beneficiário de assistência judiciária gratuita (art. 21 da LHD). Do mesmo modo, são gratuitos todos os procedimentos administrativos destinados ao acesso a informações e retificação de dados ou para anotação de justificação, independentemente da condição econômica do interessado.

2.2. Pedido administrativo de informações e retificações

A função desempenhada pelo *habeas data* pode também ser objeto de procedimento administrativo, dispensando o recurso à via judicial. Aliás, entende-se que é pressuposto indispensável para o uso do *habeas data* a existência de negativa (ou de omissão em responder) do banco de dados em fornecer ou em retificar as informações de interesse da pessoa, de modo que o procedimento em questão passa a ser etapa indispensável para ser admissível o remédio constitucional (art. 8.º, parágrafo único, da LHD). Em que pese o entendimento ser pacífico,[6] parece que a exigência de uso da via administrativa como antecedente *necessário* para o cabimento do *habeas data* é inconstitucional. Afinal, está-se diante de uma garantia constitucional que, no texto do art. 5.º, LXXII, não prevê semelhante condição. Não parece ser admissível que o direito infraconstitucional condicione o que a Lei Maior não limitou. Por isso, parece ser mais adequado entender que a via administrativa constitui, apenas, outra solução para a questão, que não exclui, se esse for o desejo do interessado, nem condiciona o uso do remédio constitucional. Como esclarecido, porém, não é esse o entendimento da Lei do *Habeas Data*, nem da jurisprudência.

Nesse caso, em havendo interesse na obtenção de informações presentes em banco de dados público, o requerente deverá encaminhar pedido ao órgão ou entidade depositária das informações, especificando a informação que pretende obter e mencionando as circunstâncias que fazem dela uma "informação pessoal". O órgão requerido tem o dever de oferecer resposta ao pleito no prazo máximo, e improrrogável, de quarenta e oito horas, comunicando-se o interessado nessa decisão em vinte e quatro horas (art. 2.º e parágrafo único, da LDH). Recorde-se que o pedido é gratuito, não se podendo exigir taxas, custas ou emolumentos para o recebimento dessas informações.

Deferido o pedido, cumpre ao depositário das informações marcar dia e hora para que o interessado possa inteirar-se dos dados pretendidos. Embora a lei não o diga, é certo que o dia designado para a apresentação das informações solicitadas não pode ser qualquer um. É necessário que esse prazo guarde certa proporção com os prazos indicados para a solicitação de informações. Nada justificaria que, havendo um prazo de quarenta e oito horas para a decisão sobre o pedido de informações, pudesse o requerido protelar a exibição das informações para um mês ou um ano depois. Salvo razões específicas, designadas pelo interesse público, o prazo para a apresentação das informações deverá ser exíguo, compatível com a celeridade que se imprimiu ao requerimento administrativo.

Negado o pedido de informações, pode o interessado socorrer-se do *habeas data* para o mesmo fim.

Caso o interessado pretenda retificar informações constantes de banco de dados público, poderá solicitar essa correção, por meio de petição acompanhada de documentos comprobatórios da inexatidão, dirigida ao órgão detentor dos dados (art. 4.º da LHD). Poderá valer-se desse mesmo procedimento caso queira apresentar explicação ou contestação sobre informações, a ser anotada no seu cadastro, justificando possível pendência sobre o fato objeto do dado (art. 4.º, § 2.º, da LHD).

Nesse caso, cumpre ao detentor das informações (ou do cadastro) realizar a correção no prazo máximo de dez dias – contado da entrada do requerimento na entidade – informando, no mesmo prazo,[7] o interessado, da retificação procedida (art. 4.º, § 1.º, da LHD). Mais uma vez, recusada a retificação, pode o interessado solicitar a providência por via do *habeas data*.

2.3. Competência para o *habeas data*

A ação de *habeas data* é daquelas medidas que se sujeitam à competência originária de tribunais, em casos específicos, em que seja réu na demanda autoridade pública de elevado escalão.

Assim, a medida competirá diretamente ao STF, quando for impetrada contra ato do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio STF (art. 102, I, *d*, segunda parte, da CF e art. 20, I, *a*, da LHD). Será da competência do STJ o *habeas data*, sempre que impetrado contra ato de Ministro de Estado, de Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ou daquela própria Corte (art. 105, I, *b*, da CF e art. 20, I, *b*, da LHD). Competirá o *habeas data* aos Tribunais Regionais Federais, quando a impetração se dirigir contra ato do próprio tribunal ou de juiz federal (art. 108, I, *c*, da CF e art. 20, I, *c*, da LHD). As constituições estaduais, outrossim, podem prever a competência originária dos Tribunais de Justiça para o julgamento de *habeas data* de autoridades estaduais, competindo, residualmente, a competência para o julgamento dessa

ação aos juízes de primeiro grau, conforme a origem da autoridade (federal ou estadual) e a matéria de que trate a informação (*v.g.*, trabalhista,[8] eleitoral[9]).

Sempre que a competência para o *habeas data* for de tribunal, compete ao relator, exclusivamente, a instrução do feito, de modo que o colegiado somente terá atribuição para a revisão dos atos decisórios daquele ou para o recebimento inicial e o julgamento final da medida (art. 17 da LHD).

Em tema de competência territorial, a falta de previsão específica na Lei 9.507/1997 faz com que sejam aqui aplicáveis as regras gerais de competência. Em razão disso, em se tratando de *habeas data* impetrado contra autoridade federal, pode a medida ser impetrada no domicílio do autor, no lugar em que esteja a informação, ou no Distrito Federal (art. 109, § 2.º, da CF).

Por analogia, e à míngua de previsão específica, se a competência para o *habeas data* for da Justiça estadual de primeiro grau, deve-se concluir que será competente o juízo do domicílio do impetrante, no do lugar em que esteja a informação, ou ainda na capital do Estado.

2.4. Procedimento

O procedimento de *habeas data* se inicia por petição inicial, elaborada de acordo com o previsto nos arts. 319 e 320 do CPC,[10] devendo ser apresentada em duas vias, estando a segunda instruída com cópias de todos os documentos oferecidos na primeira. Deverá obrigatoriamente instruir a inicial a prova: "I – da recusa ao acesso às informações ou do decurso de mais de 10 (dez) dias sem decisão; II – da recusa em fazer-se a retificação ou o decurso de mais de 15 (quinze) dias, sem decisão; ou III – da recusa em fazer-se a anotação a que se refere o § 2.º do art. 4.º ou do decurso de mais de 15 (quinze) dias sem decisão" (art. 8.º, parágrafo único, da LHD).

A exigência do decurso de prazo para a impetração do *habeas data* mais salienta o que antes se expôs, a respeito da inconstitucionalidade de se exigir – seja na lei, seja pela jurisprudência – o prévio caminho do recurso à via administrativa antes de pleitear o remédio constitucional (v., acima, item 1.2). Por vezes, será evidente que o prazo assinalado no texto legal será excessivo para a intenção buscada pelo interessado. Não há dúvida de que, aguardar por dez dias para obter uma informação pode, não raras vezes, implicar prejuízos irreversíveis ao interessado. Por essa razão, parece claro que não há sentido em se exigir – em que pese, reafirme-se, a pacífica orientação jurisprudencial em sentido contrário – o prévio pedido administrativo para o cabimento do *habeas data*.

Ainda que não se entenda dessa forma, ao menos se deve concluir que, em situações excepcionais, justificadas pelo requerente, em que se demonstre que o prazo de espera lhe gera prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação, deve-se autorizar a impetração do *habeas data* sem a prévia comprovação da mora na resposta ao pedido administrativo.

Apresentada a inicial, poderá o juiz indeferi-la de plano, se verificar o descabimento da medida ou a falta de requisito essencial (art. 10 da LHD), ou determinar a sua emenda, caso conclua que há defeitos que devem ser sanados (art. 320 do CPC). Não sendo esse o caso, determinará o juiz a notificação do coator – entregando-lhe a cópia da inicial acompanhada dos documentos juntados pelo impetrante – para que preste, no prazo de dez dias, as informações que entender necessárias.

A lei não prevê a concessão de medida liminar no *habeas data*. Essa omissão, porém, não pode implicar a conclusão de que a liminar esteja proibida.[11] Deve-se aplicar aqui, subsidiariamente, o regime geral da tutela provisória, prevista a partir do art. 294 do CPC, autorizando-se a concessão de medida liminar sempre que presentes os respectivos pressupostos.

Quanto à manifestação do requerido, o coator, a que se refere a lei, será o agente do órgão ou da entidade que detenha a informação buscada ou a ser corrigida. Trata-se, aqui, do emprego da nomenclatura semelhante àquela utilizada pelo mandado de segurança, o que implica o transporte, para cá, de toda a discussão a respeito do polo passivo dos *writs* constitucionais, como se viu ao estudar o mandado de segurança.

Assim, portanto, tem-se que o réu do *habeas data* será a pessoa jurídica que detenha a informação a ser prestada ou corrigida. Porém, no primeiro grau de jurisdição, essa pessoa será representada pelo "coator", ou seja, pelo seu agente – não necessariamente representante formal, mas que seja eleito segundo os mesmos critérios que indicam a eleição da autoridade coatora em mandado de segurança, ou seja, que tenha praticado (ou omitido) o ato buscado ou que tenha condições de fazer cumprir a decisão judicial, vale dizer, de entregar a informação buscada ou de retificar o dado solicitado.[12] Já na instância recursal, será parte legítima passiva na causa a própria pessoa jurídica, não tendo mais participação o coator.

Ouvido o coator, deverá ser intimado o Ministério Público para manifestação, no prazo de cinco dias (art. 12 da LHD).

No procedimento desta ação constitucional não há, paralelamente ao que ocorre com o mandado de segurança, dilação probatória.[13] Por isso, com o parecer do *Parquet*, toca ao juiz proferir sentença na causa.

A decisão, se concessiva do *habeas data*, deverá marcar dia e hora para que o coator "I – apresente ao impetrante as informações a seu respeito, constantes de registros ou bancos de dados; ou II – apresente em juízo a prova da retificação ou da anotação feita nos assentamentos do impetrante" (art. 13 da LHD). Claro que poderá suceder a hipótese em que o impetrante sequer conhece a informação existente, de modo que não teria condição de, logo de início, requerer eventual retificação. Nesse caso, não são necessários dois *habeas data* para a satisfação integral da pretensão do requerente – um para o conhecimento da informação e outro para a retificação de eventual incorreção.

Poderá o requerente cumular os pedidos de forma sucessiva e eventual, de modo que o juiz, em um primeiro momento, ordene a exibição da informação e, posteriormente, verificada a incorreção, determine a retificação do defeito.[14]

A sentença deverá ser comunicada ao coator, por mandado, remetido por correio com aviso de recebimento, ou por via expedita, a exemplo do telegrama, do radiograma, do telefonema (art. 14 da LHD) ou do fax, se houver requerimento nesse sentido pelo interessado.

Cumpre-se a ordem do *habeas data* de imediato, independentemente de processo de execução ou de requerimento novo do impetrante. Dispensa-se, portanto, uma "fase" própria para o cumprimento da sentença, que deve ser imediatamente obedecida, a partir da notificação do coator.

Por isso mesmo, prevê a lei que a apelação eventualmente interposta da sentença concessiva de *habeas data* não tem efeito suspensivo (art. 15, parágrafo único, da LHD).

A sentença proferida neste procedimento sujeita-se à coisa julgada material, seja quando concessiva ou denegatória a ordem. Todavia, se o processo for extinto sem apreciação do mérito – diz a lei "se a sentença denegatória não lhe houver apreciado o mérito"[15] – poderá o pedido ser renovado, desde que, evidentemente, esteja sanado o vício que originou a extinção prematura do feito (art. 18 da LHD).

Em razão do seu caráter constitucional, prevê a lei que os processos de *habeas data* têm tramitação preferencial sobre qualquer outra causa (exceto os casos de *habeas corpus* ou os mandados de segurança), devendo, em caso de competência de tribunais, ser levados a julgamento na primeira sessão seguinte à data em que, depois da distribuição, forem conclusos ao relator (art. 19). Ademais, estabelece-se que os prazos de conclusão – para decisão judicial – não podem exceder de vinte e quatro horas, a partir da distribuição (art. 19, parágrafo único, da LHD).

2.5. O pedido de suspensão da decisão em *habeas data*

Sempre que o deferimento de *habeas data* puder opor-se a manifesto interesse público, ou quando for manifestamente ilegítimo o impetrante, ou ainda quando implicar prejuízo à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, poderá o presidente do tribunal competente para conhecer do recurso interposto contra a decisão judicial suspender o cumprimento da ordem, negando-lhe imediata eficácia (art. 4.º da Lei 8.437/1992, *caput*). O pedido deve ser feito pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica de direito público interessada, durando a suspensão até o trânsito em julgado da decisão final da causa (art. 4.º, § 9.º, da Lei 8.437/1992).

Desta decisão, caberá agravo, a ser interposto no prazo de cinco dias, que será apreciado pelo órgão no tribunal ao qual caberia o exame do recurso comum, interposto da

decisão inquinada (art. 16 da LHD e art. 4.º, § 3.º, da Lei 8.437/1992).

[1] GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 543.

[2] V. STJ, HD 160/DF, 1.ª Seção, rel. Min. Denise Arruda, *DJe* 22.09.2008.

[3] Concluiu o STJ que não se pode, por *habeas data*, solicitar cópia integral de procedimento administrativo, já que isso extrapola o âmbito de proteção desse remédio, sendo tutelável por meio do mandado de segurança (STJ, REsp 904.447/RJ, 1.ª T., rel. Min. Teori Zavascki, *DJU* 24.05.2007, p. 333). Ao que parece, porém, o julgado mencionado exagera ao entender pela inaplicabilidade ao caso do *habeas data* (sugerindo a impetração de mandado de segurança), seja pela irrelevância do nome dado ao remédio constitucional, seja porque é bem possível que a autorização para cópia de processo administrativo equivalha, na prática, ao oferecimento de informações.

[4] Já entendeu o STJ, por exemplo, pelo cabimento de *habeas data* em face da Caixa Econômica Federal, para compeli-la ao fornecimento de informações sobre descontos realizados na conta do interessado (STJ, REsp 929.381/AL, 1.ª T., rel. Min. Francisco Falcão, *DJU* 25.10.2007, p. 137).

[5] GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Curso…*, cit., p. 544. Nesse sentido, v. STJ, HD 91/DF, 3.ª Seção, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJU* 16.04.2007, p. 164.

[6] "Não cabe o *habeas data* (CF, art. 5.º, LXXII, *a*) se não houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa" (Súmula 2 do STJ).

[7] A lei não é clara quanto ao prazo que tem o depositário das informações para comunicar o interessado da retificação procedida. Todavia, não faria nenhum sentido que fosse deixado à liberdade da entidade comunicar ao interessado de sua decisão quando quisesse. Por isso, a doutrina tem sugerido que o prazo para informação deve ser incluído no prazo para a retificação (v., nesse sentido, Cássio Scarpinella Bueno, *Habeas data*, *procedimentos especiais*, p. 198).

[8] Art. 114, IV, da CF.

[9] Art. 121, § 4.º, V, da CF.

[10] O art. 8.º da Lei 9.507/1997 ainda faz referência aos dispositivos equivalentes do Código de Processo Civil de 1973, revogado.

[11] CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, *Habeas data…,* cit., p. 216 e ss.

[12] Assim, aliás, já entendeu o STJ por aplicar ao *habeas data* a teoria da encampação, segundo a qual a autoridade que, mesmo ilegítima, defende o ato inquinado, torna-se coatora para a impetração do *writ*, não se podendo declarar sua ilegitimidade (nesse sentido, v. STJ, HD 147/DF, 3.ª Seção, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJU* 28.02.2008, p. 69).

[13] STJ, HD 160/DF, 1.ª Seção, rel. Min. Denise Arruda, *DJe* 22.09.2008.

[14] Nesse sentido, já decidiu o STJ que "o objeto do *habeas data* consiste em assegurar: (a) o direito de acesso e conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais e de entidades de caráter público; (b) o direito à retificação desses dados, importando isso em atualização, correção e até a supressão, quando incorretos. Em relação ao direito de retificação, o dispositivo constitucional faculta ao impetrante o processo sigiloso, judicial ou administrativo, dando a entender que, se o processo

for sigiloso, não será de *habeas data*, mas outra ação, o que não tem sentido algum. Nem serão necessários dois *habeas datas* para que uma mesma pessoa tome conhecimento dos dados e proponha sua retificação. Sustentar o contrário é pretender enquadrar instituto novo em velhos esquemas de um procedimentalismo superado. O processo do *habeas data* pode desenvolver-se em duas fases. Na primeira, o juiz, de plano, manda notificar o impetrado para apresentar os dados do impetrante, constantes de seu registro, no prazo que estipule; juntados os dados, o impetrante terá ciência deles, devendo manifestar-se em prazo determinado. Se nada tiver a retificar, di-lo-á e se arquivará o processo. Se tiver retificação a fazer, dirá quais são, fundamentadamente, mediante aditamento à inicial, e então o juiz determinará a citação do impetrado para a contestação, se quiser, prosseguindo-se nos termos do contraditório" (STJ, REsp 781.969/RJ, 1.ª T., rel. Min. Luiz Fux, *DJU* 31.05.2007, p. 348).

15

Ao examinar o mandado de segurança, já se viu o equívoco presente nessa expressão e a forma correta de se interpretar a locução "sentença denegatória" nesse contexto. Remete-se o leitor àquilo que consta naquela análise.

Caso

Natanael, advogado, recebe em seu escritório um cliente, que narra estar sendo investigado pela suposta prática de crime. Natanael vai, então, à Delegacia de Polícia, onde o Delegado lhe nega acesso aos autos de inquérito, por reputar a investigação um procedimento sigiloso e desprovido de contraditório.

Natanael, então, impetra um *habeas data* em favor de seu cliente, com o objetivo de ter acesso aos autos de inquérito policial.

A providência adotada pelo advogado está correta?

3. Ação popular

3.1. As ações coletivas como garantia constitucional

O direito de ação tem hierarquia constitucional, assentada na garantia de acesso à jurisdição, posta no art. 5.º, XXXV, da CF. Não há dúvida de que essa assertiva é procedente, o que coloca a ação como uma garantia individual *fundamental*, do que decorre sua especial proteção dentro da ordem jurídica nacional.

Todavia, é comum pensar que essa garantia fundamental apenas protege a ação *individual*, ou seja, o direito de acesso ao Poder Judiciário formulado para o atendimento a pretensões fundadas em direitos individuais. Tradicionalmente, o direito de ação é visto como um direito *subjetivo* (ou potestativo), de modo a ser sempre atribuído a um sujeito determinado. Por conta disso, alguém poderá supor que não há proteção – ou sequer previsão – para uma ação "coletiva", no sentido de uma demanda proposta pela coletividade e que vise a protegê-la ou aos seus interesses.

Essa ausência é que justificaria a necessidade de previsão pontual de instrumentos de proteção coletiva no Texto Constitucional (tal como ocorre com o mandado de segurança coletivo ou com a ação popular). Em conta disso, se não houvesse a previsão constitucional desses instrumentos, não se poderia de modo algum sustentar a natureza *fundamental* dessa forma de acesso ao Judiciário, nem se poderia oferecer proteção jusfundamental para essas ferramentas.

O raciocínio, porém, não se sustenta e por mais de uma razão. De início, é importante frisar que nada permite concluir que a garantia de ação se limite à proteção de direitos individuais ou que seja, ela mesma, apenas um direito oferecido ao indivíduo. O art. 5.º, XXXV, da CF, aliás, é expresso em dizer que nenhuma lesão ou ameaça a direito – sem referência à situação individual ou coletiva dele, portanto – poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário. Mais do que isso, essa previsão está contida dentro do Capítulo I do Título II da Lei Maior, que leva o nome de "Direitos e deveres individuais e coletivos".

É bem verdade que, na fórmula originalmente empregada para garantir o acesso ao Judiciário, perante a Constituição Federal de 1946, o preceito então vigente permitia essa leitura. Dispunha o art. 141, § 4.º, daquela Constituição, que "a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão *de direito individual*". Naquela época, portanto, era nítido que a proteção dada à ação estava limitada aos interesses individuais e, mais, apenas às lesões a direito (não incluindo, portanto, as ameaças de lesão). No texto atual, porém, a situação é diametralmente oposta, já que excluída a referência a "direito individual", o que se faz com o nítido propósito de garantir também o acesso a questões coletivas.

Em vista disso, parece evidente que o direito de ação, que é garantido constitucionalmente, abrange tanto a ação individual – posta para a proteção de interesses individuais – como a *ação coletiva* – ou seja, aquela prevista para a proteção de interesses da coletividade.

Diante dessa constatação, pode-se afirmar que a existência de previsão específica da admissão de figuras como a ação popular ou o mandado de segurança coletivo não se prestam, em si, para afirmar a existência de *status* constitucional na proteção de interesses coletivos. Embora a alocação desses preceitos como garantias fundamentais corroborem essa intenção do Texto Constitucional, a garantia de proteção aos interesses coletivos assenta-se na própria proteção dada à ação (plena e irrestrita, como posta no art. 5.º, XXXV). Assim, ainda que não houvesse nenhuma regra que autorizasse a impetração do mandado de segurança coletivo ou da ação popular ou de outro tipo de instrumento de proteção de interesses coletivos, essa tutela seria um impositivo constitucional, na medida em que ela decorre da garantia da inafastabilidade da jurisdição, tal como posta no texto da Carta Magna.

Assentada naquele preceito (o direito de ação) a garantia de proteção aos interesses coletivos, cumpre constatar que essa tutela assume os contornos de *direito fundamental*, com todas as suas consequências naturais. Em conta disso, a tutela de interesses coletivos merece interpretação *otimizada*, capaz de permitir o seu atendimento na maior extensão possível.

Essa maximização da extensão a ser dada à garantia da tutela coletiva se desdobra, necessariamente, em dois aspectos. Em um primeiro momento, deve-se considerar como inconstitucional toda medida – legislativa, administrativa ou jurisdicional – que venha a impedir ou dificultar o acesso ao Poder Judiciário de discussões que envolvam interesses coletivos. Essa é a primeira e mais óbvia eficácia de qualquer direito fundamental: a *função de defesa*, de caráter negativo, pela qual se mostram inviáveis quaisquer medidas tendentes a restringir ou a inviabilizar a fruição de uma garantia fundamental.

Em um segundo aspecto, a hierarquia fundamental do direito à tutela de interesses coletivos faz transparecer a sua dimensão positiva, como *direito à proteção*. Com efeito, pensar em um direito fundamental não pode limitar-se a vê-lo em sua função negativa, como óbice a que o Estado elimine ou restrinja aquele direito. Isso porque, se o Estado pode abandonar o direito, ou prestar proteção deficiente a ele, o resultado não seria muito diferente do que simplesmente negá-lo ou do que lhe impor severa restrição. De fato, se a garantia de acesso ao Judiciário tivesse de ser acolhida apenas em sua literalidade, como o direito de levar ao conhecimento do Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, haveria pouco (ou nenhum) uso para essa previsão. Afinal, se os custos do acesso fossem elevados, se a tutela oferecida fosse inadequada, se a resposta jurisdicional fosse manifestamente intempestiva, teria em concreto havido a garantia de acesso à jurisdição?

Por outras palavras, é evidente que só há verdadeira garantia de acesso ao Judiciário

se aquele que postula em juízo possa obter uma resposta útil, eficaz, tempestiva e adequada. Caso contrário, ainda que não exista obstáculo ao acesso, porque este acesso é inútil, ineficaz, intempestivo ou inadequado, pouco interesse haverá na procura pela resposta jurisdicional. Desse modo, resta claro que a garantia de acesso ao Judiciário não pode ser vista como a proteção dada no sentido *apenas* de que se oferece um acesso qualquer. Para que se satisfaça, de modo concreto, essa garantia constitucional, é necessário que o acesso oferecido (aí incluída a resposta) seja o mais aderente possível àquilo que seria obtido se não houvesse a necessidade de intervenção judicial.[1]

Calha ainda salientar que essa imposição do direito fundamental de ação em sua dupla eficácia (negativa e positiva) se dá sobre toda a estrutura do Estado. Assim, a vinculação a essas eficácias não se limita ao legislador, mas atinge também o Poder Executivo e o Poder Judiciário. Por isso, é dever também imposto ao magistrado conformar o procedimento, na medida de suas possibilidades, de modo a dar o maior atendimento possível à garantia da ação. Deve o juiz, portanto, naquilo em que tenha a liberdade de adequar o procedimento às peculiaridades de certo caso, optar sempre pelo caminho que ofereça a mais ampla, adequada, efetiva e tempestiva proteção aos interesses coletivos. Tal não é mero favor, que o juiz possa ou não atender; ao contrário, essa máxima potencialidade de proteção é *dever imposto ao magistrado pela Constituição*, razão pela qual ela se impõe como critério maior de atuação da atividade jurisdicional.

3.2. Conformação e limitações do direito à tutela coletiva pelo direito infraconstitucional

Obviamente, a implementação concreta da garantia de ação pode – e vai – sofrer regulação por norma infraconstitucional, capaz de disciplinar o perfil específico desse direito. A conformação, por norma infraconstitucional, do direito de ação não tem por finalidade restringir seu alcance ou minorar o seu emprego, mas apenas determinar o seu conteúdo e explicitar a sua dimensão.

Por isso, enquanto a norma infraconstitucional se atenha a conformar, ou seja, a dar o perfil, do direito de ação, não se pode ver ali nenhuma inconstitucionalidade, na medida em que não há restrição irracional ao exercício do direito.

O grave problema se põe, entretanto, quando a pretexto de conformar o instituto, a norma infraconstitucional conduza a uma efetiva restrição (limitação) do direito.

É bem certo que esta “limitação” até pode ser viável, seja por norma abstrata, seja no caso concreto, em razão do resultado da colisão entre o direito em questão e outra garantia fundamental (a exemplo do direito de defesa, do contraditório ou do devido processo legal). Todavia, ressalvados esses casos, é preciso concluir que jamais poderá a autoridade pública – seja ela o legislador, seja o administrador, seja o magistrado – sob a justificativa de conformar o direito fundamental de ação, impor-lhe restrição ou frustrar seu emprego.

À toda evidência, não será fácil saber até que ponto a norma infraconstitucional se limita a dar os contornos do direito e em que momento passa ela a restringir o seu uso. De todo modo, há um dado que deve ser considerado *a priori*: tratando-se de garantia fundamental, a grande regra que presidirá a análise da conformação *versus* a limitação será a questão da máxima efetividade da garantia. Assim, sempre que a norma infraconstitucional estabelecer eficácia que não extraia a máxima efetividade da garantia de ação, haverá grande suspeita de que – salvo nos casos em que essa extensão não tenha sido dada em homenagem à preservação de outro valor também fundamental – houve frustração do preceito constitucional.

Nessa linha, tem-se entendido como constitucional o prazo de cinco anos para a propositura da ação popular (art. 21 da Lei 4.717/1965).[2] Apenas se ressalva que essa prescrição atinge a invalidação do ato inquinado, mas não o direito ao ressarcimento de eventuais prejuízos experimentados pelo Poder Público, já que estes são imprescritíveis, a teor do art. 37, § 5.º, da CF.

Embora se pudesse criticar essa visão, seja porque o prazo de cinco anos é exíguo – especialmente em se tratando de atos que envolvem o Poder Público, cuja apuração, normalmente, demora mais do que aquele interregno – tem-se entendido que esse prazo trata da conformação do direito à ação popular, não implicando restrição ao seu exercício.

De todo modo, não há dúvida de que esse prazo merece interpretação restritiva, de modo que não pode ser aplicada, por exemplo, para a ação civil pública – em que não há qualquer disposição semelhante. É que, se a conformação do instituto exige disciplina própria, seria de todo inviável aplicar, por analogia, limitação que não se encontra expressamente disposta no regime do mecanismo próprio.

3.3. O desenho constitucional da ação popular

A ação popular é uma medida judicial que se presta, acima de tudo, a permitir a democracia participativa, autorizando qualquer cidadão a debater atos públicos, no intuito de invalidá-los quando lesivos ao patrimônio público (ou de entidade de que o Estado participe), à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Trata-se de instrumento que não tem por finalidade precípua a defesa de direitos individuais, mas a proteção da cidadania e do interesse público.[3] Em conta disso, sua função não é a de atender a interesse específico do autor da medida, mas a de proteger o interesse de toda coletividade. Por sua via, o cidadão retoma, por assim dizer, as rédeas da direção do Estado, buscando em juízo demonstrar que as posturas adotadas pelo governo desviam-se de sua função constitucional, e ofendem os interesses públicos.

3.3.1. Extensão da proteção no nível constitucional

A Constituição atual inovou ao ampliar a matéria de cabimento da ação popular. Nos textos constitucionais anteriores, a ação popular estava limitada à proteção contra atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas (art. 153, § 31, da CF/1967, com a EC 1/1969; art. 150, § 31, da CF/1967; art. 141, § 38, da CF/1946).[4]

Conforme dispõe o texto atual, a ação popular poderá ser usada para a proteção do patrimônio público, bem como da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural. A medida, portanto, a par de proteger o patrimônio *estatal* (aí incluída a moralidade administrativa), também agora se destina à proteção do patrimônio *público* em sentido amplo, ou seja, ao patrimônio pertencente a toda a coletividade (o que inclui, assim, o meio ambiente e o patrimônio cultural e histórico).

Outra inovação trazida pela Constituição de 1988 é a isenção de despesas do processo em questão, salvo quando evidenciada a má-fé na propositura da demanda. Vale dizer que, ressalvado o caso em que o cidadão utiliza da ação popular em abuso de direito – com propósito escuso ou em manifesta má intenção – não pode ele ser condenado a qualquer ônus processual com as custas do processo ou decorrente da sucumbência. Por isso, não foi recepcionado o art. 10 da Lei 4.717/1965, que dispõe que o pagamento das custas processuais se dá apenas ao final pelo perdedor.

Segundo a dicção expressa do Texto Constitucional, o objetivo primordial de toda ação popular será buscar sentença desconstitutiva, capaz de *anular* ato que seja lesivo aos valores acima indicados. Em razão disso, pode alguém supor que toda ação popular *deve* requerer provimento anulatório e ainda que este deve ser o *único* tipo de tutela que pode ser prestado por esta modalidade de ação. A conclusão, porém, não teria sustentação.

Deve-se interpretar o texto normativo em questão no sentido de que a ação popular busca sempre atacar um ato determinado, que se supõe seja ilegal ou imoral e lesivo ao patrimônio público (meio ambiente, patrimônio cultural ou histórico) ou estatal (patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe). Obviamente, por isso, uma das finalidades da ação será sempre cassar este ato. Essa cassação, porém, pode dar-se tanto por meio de providência constitutiva negativa (anulação) como declaratória (nulidade, inexistência ou ineficácia).

Ademais, o "ato lesivo" em questão deve ser tomado em sentido amplo, de modo a abranger também a *omissão* do Poder Público. Neste caso, por óbvio, de nenhuma utilidade será a providência desconstitutiva ou declaratória. Será necessário buscar tutela mandamental, que imponha um fazer para evitar (ou remover) a lesão ao patrimônio público e estatal.

O importante, desse modo, é atentar para que o objetivo da ação popular é atacar um ato lesivo determinado, não se prestando ao controle de legalidade de atos abstratos, de caráter normativo, dos quais não resulta nenhuma lesão específica.[5] Se o combate a esse ato será feito por meio de provimento constitutivo negativo ou por outra forma de atuação,

isso é dado secundário. Vai daí que qualquer modalidade de tutela pode ser prestada por meio de ação popular, não ficando ela cingida a pleitos desconstitutivos.[6]

De outro lado, é evidente que a pretensão inicial – de aniquilar o ato tido por lesivo – pode somar-se a outras, que visem à proteção do patrimônio público e estatal. Assim, não descaracterizará a ação popular o fato de se pleitear, além da anulação do ato lesivo (ou de outra providência que vise a combatê-lo), outra modalidade de proteção que também objetive a preservação do interesse lesado ou ameaçado. Por isso, é sempre possível cumular-se demandas em ação popular, desde que todas elas tenham o objetivo comum de proteger os interesses tuteláveis por essa via (patrimônio público, moralidade administrativa, meio ambiente, patrimônio cultural e histórico). A Lei da Ação Popular, aliás, explicita essa possibilidade, ao aludir à cumulação do pedido anulatório com a condenação à reparação dos danos causados pelo ato irregular (art. 11 da Lei 4.717/1965).

Não é, porém, apenas essa a cumulação que deve ser admitida. Qualquer cumulação de pedidos que vise a proteger os interesses que podem ser tutelados por via da ação popular deve ser autorizada. Nesse sentido, vigora o princípio – que se assenta no próprio *status* constitucional da garantia da ação popular – da sua máxima efetividade e maior utilidade. Assim, deve sempre prevalecer a interpretação que confira a maior extensão da proteção dos interesses tutelados pela via da ação popular, de onde resulta que qualquer cumulação que aprimore a proteção aos interesses em questão (patrimônio público e estatal) deve ser autorizada, mesmo quando não prevista na lei infraconstitucional.

Quanto ao objeto da ação popular, pode ele ser qualquer lesão ou ameaça de lesão ao patrimônio público (do Estado ou de entidade da qual o Estado faça parte), à moralidade administrativa, ao meio ambiente, ao patrimônio cultural (aí incluído o patrimônio de valor econômico, artístico, o estético ou turístico) ou ao patrimônio histórico. Não é necessária, então, a prévia existência de lesão ao interesse, bastando que ele esteja sendo ameaçado, para que se possa invocar a tutela jurisdicional (art. 5.º, XXXV, da CF). De outro lado, toda ação popular terá por objeto um *ato determinado*. Não necessariamente este ato será oriundo do Poder Público – ainda que, em regra, isso tenda a ocorrer. Especialmente em se tratando de ação popular que visa à proteção do meio ambiente ou do patrimônio cultural e histórico, é bem possível que o ato lesivo seja originário de atuação privada, de modo que é certo o cabimento desta medida contra ato particular.

3.3.2. Legitimidade

Como se lê da redação do artigo em exame (art. 5.º, LXXIII, da CF), a titularidade da ação popular é reservada, no direito nacional, ao cidadão. Somente ele poderá ajuizar essa medida, que não pode ser proposta pelos legitimados para outras ações coletivas – ainda quando estas medidas possam visar ao mesmo objetivo da ação popular. Vale dizer que, ainda que outras ações (a exemplo da ação civil pública ou do mandado de segurança coletivo) possam também buscar a anulação de atos oriundos do Poder Público que violem o patrimônio público, a moralidade administrativa, o meio ambiente ou o patrimônio

histórico e cultural, e mesmo que, para estas demandas, tenha-se dado legitimação a outros entes (como ao Ministério Público, aos órgãos públicos, ou aos partidos políticos), não cabe a confusão de instrumentos. Para a ação popular somente se legitima o cidadão, de modo que os outros legitimados à tutela coletiva hão de socorrer-se de outros instrumentos para a proteção desses interesses.

Afere-se a condição de cidadania, segundo pondera a jurisprudência, pela titularidade de capacidade eleitoral ativa, ou seja, pelo direito da pessoa a votar. Em doutrina, há quem critique esse entendimento, entendendo que a equiparação do cidadão ao cidadão-eleitor não é a interpretação que mais se coaduna com a garantia constitucional em questão e concluindo que a legitimação para a ação popular é ampla, dada a todo aquele que deva ser respeitado em sua dignidade de pessoa humana.[7]

Embora a acuidade da crítica, é de se ver que o tema é pacífico em jurisprudência,[8] de modo que, neste campo, não cabem maiores considerações a respeito.

Nesses termos, poderão propor a ação popular, segundo o que preceitua o art. 14 da CF, os maiores de dezoito anos (excluídos os incapazes, os estrangeiros e, no período de serviço militar obrigatório, os conscritos, conforme prevê o § 2.º da mesma regra) e, se inscritos como eleitores, os analfabetos, os maiores de setenta anos e os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos (art. 14, § 1.º, II, da CF).

Aqueles que têm seus direitos políticos suspensos, durante o período de suspensão, também sofrem restrição quanto ao ajuizamento de ação popular.

Pouco importa, para a condição de cidadão, a capacidade eleitoral passiva, vale dizer, o direito de ser votado. Assim, mesmo quando a pessoa esteja inelegível, terá ela legitimidade para propor a ação popular.

Em razão disso, tem-se salientado que a prova de legitimação para a ação popular se faz pela exibição do título eleitoral.[9] Embora se trate de equiparação grosseira – já que o importante é a existência da capacidade eleitoral ativa e não a exibição de um documento que, por vezes, pode não expressar aquela prerrogativa – é certo que, normalmente, a apresentação desse tipo de documento oferece forte indício da existência da condição básica de cidadania. Por isso, na falta de impugnação ou na ausência de informação que abale a convicção de que a pessoa natural que propõe a ação popular seja cidadão, desde que ele se enquadre dentre aqueles que podem ou devem votar, é de se presumir sua legitimação.

De outro lado, é possível que a prova da cidadania se dê por meio de outros documentos que não o título eleitoral. Sempre, o fundamental é que a pessoa se enquadre na definição de cidadão, para ter acesso ao emprego da ação popular. A prova dessa condição é simplesmente o mecanismo de prova da legitimação, mas sem dúvida não é o título eleitoral que confere a cidadania à pessoa, nem e a sua ausência que implica a

inexistência da condição de cidadão.

A Lei da Ação Popular estabelece que, embora o Ministério Público não tenha legitimidade para propor esta medida, poderá prosseguir no feito, em caso de abandono do autor originário (art. 9.º da Lei 4.717/1965). Embora essa figura não esteja prevista expressamente no preceito constitucional em exame (art. 5.º, LXXIII, da CF), é de se considerar conforme a Constituição essa previsão, na medida em que admitida, ainda que implicitamente, pelo art. 129, IX, da Carta Magna. Com efeito, se o Ministério Público tem autorização constitucional para a proteção de interesses metaindividuais (como se verá no item subsequente), há plena compatibilidade entre sua atuação por via própria (a ação civil pública) e a sua intervenção em ação popular.

3.4. O tratamento infraconstitucional da ação popular

O regulamento infraconstitucional da ação popular é dado pela Lei 4.717/1965. O diploma é anterior ao Texto Constitucional, e também ao atual Código de Processo Civil, de modo que é necessário ter certa cautela em interpretar seus preceitos, a fim de não os incompatibilizar com o sistema processual atual.

A finalidade principal da ação popular é obter a invalidação de ato lesivo aos interesses públicos. Tanto podem ser objeto da ação os atos inexistentes, os atos nulos e os anuláveis (art. 1.º, *caput*, da Lei de Ação Popular – LAP). Porém, embora essa seja a pretensão fundamental da ação popular, pode ela ainda gerar o ressarcimento do patrimônio público lesado (art. 11 da LAP) e dar ensejo ao início de procedimentos para a adoção de sanções administrativas eventualmente verificadas (art. 15 da LAP).

Embora seja comum, não é necessário que o ato lesivo em questão tenha sido praticado por autoridade pública ou por pessoa jurídica de direito público. Pode muito bem suceder que o ato seja praticado por particular, mas haja afetado o interesse público, sujeitando-se então também à ação popular.

Nos termos da Lei, a ação popular se prestaria exclusivamente à proteção do patrimônio público – "da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (CF, art. 141, § 38),[10] de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio ou da renda anual de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos" (art. 1.º, *caput*, da LAP). Estende-se, porém, o conceito de patrimônio público para atingir todos os bens de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico (art. 1.º, § 1.º, da LAP). Hoje, porém, o âmbito de atuação dessa Lei, como já visto anteriormente, é bem maior, pois também são sujeitos à ação popular os atos lesivos à moralidade administrativa e ao meio

ambiente (art. 5.º, LXXIII, da CF). Daí que, embora normal, não é essencial ao cabimento da ação popular a existência de efetivo prejuízo econômico ao Erário Público. Pode bastar para o emprego dessa medida a existência de lesão ao meio ambiente ou à moralidade administrativa, mesmo que daí não decorra qualquer espécie de dano ao patrimônio público.[11]

De toda sorte, é pacífica a conclusão de que a ação popular não se presta para atacar Lei em tese. Embora o controle de constitucionalidade de leis possa ser *fundamento* da demanda, jamais poderá constituir seu objeto, já que isso usurparia a competência exclusiva dos tribunais de realizar o controle de constitucionalidade, por via principal, dos atos normativos. Assim, não é possível formular *pedido* que vise à declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de ato normativo (de qualquer das esferas de poder), podendo-se, porém, empregar esse argumento como causa de pedir da ação.[12]

A ação popular tem prazo de prescrição[13] de 5 (cinco) anos (art. 21 da LAP), iniciando-se seu cômputo a partir do primeiro ato lesivo ao interesse tutelado.[14] Em doutrina, há quem entenda que esse prazo é inconstitucional, não tendo sido recepcionado pela atual Carta Maior.[15] A jurisprudência, porém, tem admitido como constitucional esse prazo, ressalvando apenas a pretensão ao ressarcimento do dano ao patrimônio público.[16] É que as ações de ressarcimento de dano causados ao patrimônio público são, pelo que determina o art. 37, § 5.º, da CF, imprescritíveis. Desse modo, é preciso cindir, na ação popular, os efeitos da anulação do ato inquinado, da comunicação para eventual sanção administrativa, e do ressarcimento do dano ao patrimônio público. Este último é sempre imprescritível e pode ser objeto de ação popular independentemente do momento em que a ação é ajuizada. Já as outras providências só podem ser adotadas se a ação for intentada dentro do prazo previsto para o seu ajuizamento.

O remédio constitucional em questão, ainda, dispensa o pagamento de custas pelo autor, nem se lhe impõem os ônus da sucumbência, salvo quando houver comprovada má-fé no uso da medida. Embora a Lei da Ação Popular autorize entendimento distinto (art. 10 da LAP), esse dispositivo não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 (art. 5.º, LXXIII).

Das ações populares, finalmente, sempre participa o Ministério Público. Sua atuação nesse tipo de feito é, em princípio, de *custos legis*, tocando-lhe a fiscalização da correta aplicação do direito. Cumpre-lhe ainda diligenciar para a rápida produção da prova e promover a responsabilidade civil e criminal de quem tiver agido de maneira ilícita. Ademais, é-lhe proibido assumir a defesa do ato impugnado ou de seus autores (art. 6.º, § 4.º, da LAP), sendo-lhe, porém, permitido assumir o polo ativo da demanda, em caso de desistência injustificada por parte do autor original (art. 9.º da LAP).

3.4.1. Competência

A disciplina da competência em ação popular é insuficiente e truncada. A Lei cinge-se a

tratar da *competência de juízo*, sem sequer tocar no problema maior da competência de foro. Assim, nos termos do art. 5.º da LAP, a competência (de juízo) para a ação popular será, nos termos da Lei de Organização Judiciária de cada Estado, atribuída ao juízo que tiver competência para as causas que interessem à União, ao Distrito Federal, aos Estados ou aos Municípios, prevalecendo o ente de maior hierarquia.

A regra, no direito atual, é praticamente uma obviedade, que não precisava ser dita. A preocupação deveria ser com o tema da competência territorial, especialmente porque os atos lesivos ao patrimônio público ou ao meio ambiente, normalmente, afetam várias comarcas ou subseções judiciárias, de modo que haverá concorrência de foros em que, em tese, se poderá ajuizar a demanda.

Na falta, então, de disciplina específica, aplicam-se à ação popular as regras comuns de competência, estabelecidas pelo sistema de processos coletivos, formado da conjugação dos preceitos da Constituição Federal, da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor. Desse modo, a competência para a ação popular será determinada, em princípio, pelo foro do lugar do dano. Se o dano é local, a ação deve ser ajuizada naquela comarca. Se o dano é regional, não tendo atingido capital de Estado, qualquer das comarcas envolvidas é competente, concorrentemente, para a demanda. Se o dano é estadual ou nacional (ou seja, se atinge ao menos uma capital de Estado), então qualquer capital é competente para a ação popular, aplicando-se as regras de prevenção. Todavia, em sendo a União parte na demanda,[17] tem prevalência o comando previsto no art. 109, § 2.º, da CF, que autoriza o ajuizamento de ação (qualquer que seja ela), concorrentemente e segundo a opção do autor, no domicílio do autor, no lugar do ato ou fato que tenha originado a demanda ou no local em que esteja situada a coisa, ou ainda no Distrito Federal.

Segundo prescreve o art. 5.º, § 1.º, da LAP, equiparam-se à União, aos Estados, ao Distrito Federal ou aos Municípios, as entidades por elas criadas (de direito público ou privado) ou de que sejam acionistas ou deles recebam alguma espécie de subvenção. Assim, em tese, as ações ajuizadas contra entidades privadas de que seja acionista a União deveriam correr perante a Justiça federal. Todavia, o entendimento da jurisprudência não é esse, prevalecendo a regra do art. 109, I, da CF, segundo a qual somente as causas em que haja direto interesse da União, de autarquia, de fundação (de direito público) ou de empresa pública federal atraem a competência para o juízo federal. Ações populares movidas, então, contra sociedades de economia mista ou contra fundações de direito privado federais devem ser ajuizadas no juízo estadual.

De toda forma, sempre que a comarca competente for sede de juízo especializado em causas de interesse do Poder Público, este será o competente para examinar a ação popular.

O ajuizamento de uma ação popular gera prevenção para todas as demais ações ajuizadas que tenham o mesmo fundamento e os mesmos réus (art. 5.º, § 3.º, da LAP). A

regra de prevenção não se limita a tratar de ações populares, mas de qualquer espécie de ação (inclusive de ações coletivas outras, como ações civis públicas ou mandados de segurança coletivos) propostos a respeito da matéria.

3.4.2. Legitimidade passiva e assistência

A Lei da Ação Popular prevê que a medida seja ajuizada contra "as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1.º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissão, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo".

Assim, a ação popular impõe a formação de um litisconsórcio passivo necessário entre diversas pessoas, incluídas aquelas responsáveis pela prática do ato lesivo (sejam pessoas públicas ou privadas)[18] e os seus beneficiários diretos. Em sendo desconhecidos os beneficiários diretos, ou não havendo beneficiário a ser citado, a demanda deverá ser ajuizada somente contra os outros legitimados passivos (art. 6.º, § 1.º, da LAP).

A pessoa jurídica de direito público, em sendo citada, poderá requerer a alteração de polo, vindo para o polo ativo da demanda, sempre que essa medida se mostre útil ao interesse público (art. 6.º, § 3.º, da LAP). Essa medida, estranha ao processo comum, tem em vista a ideia de que a proteção do patrimônio público também deve ser interesse da pessoa jurídica prejudicada. Em razão disso, notando que há procedência nos argumentos do autor da medida, a pessoa jurídica de direito público tem o dever de assumir a co-titularidade da ação, auxiliando o primitivo autor a vencer a demanda.

Admite-se, outrossim, o litisconsórcio ulterior entre o autor da demanda e qualquer outro cidadão (art. 6.º, § 5.º, da LAP). Não há previsão de prazo para essa habilitação, que poderá ocorrer a qualquer momento no processo. Já que a intenção é conferir ao cidadão instrumento hábil a controlar os abusos em prejuízo à coisa pública, é evidente que os cidadãos que não ajuizaram, em primeiro lugar, a demanda coletiva, devem poder participar dela, atuando ao lado daquele que foi mais rápido em incoar a demanda.

3.4.3. Procedimento

A ação popular se inicia por petição inicial, a ser instruída com a documentação tida como necessária para demonstrar as alegações ali contidas. A fim de obter essa documentação, o cidadão poderá requerer a qualquer entidade pública (ou mantida pelo Poder Público) as certidões e informações que entender necessárias, bastando justificar com a afirmação de que elas se prestam para subsidiar o ajuizamento de ação popular (art. 1.º, § 4.º, da LAP). Esses documentos devem ser fornecidos no prazo máximo de 15 (quinze) dias, somente podendo ser recusados em razão de sigilo imposto por interesse público, caso em que poderá o juiz, ao receber a demanda, requisitar os dados se entender que as razões dadas pela autoridade não devem prevalecer (art. 1.º, §§ 5.º, 6.º e

7.º, da LAP).

Em regra, a ação popular não deve correr em sigilo, exatamente para permitir, como visto no item acima, a participação de outros cidadãos como litisconsortes ulteriores. Todavia, quando a demanda for instruída de documentos sigilosos, na forma do que se expôs no parágrafo anterior, admite-se que corra ela em segredo de justiça, a fim de se obter um equilíbrio entre as necessidades instrutórias da causa e os interesses públicos que nortearam a decretação de segredo no acesso às informações.

Apresentada a petição inicial, se ela contiver irregularidades, será determinada a sua emenda, no prazo de quinze dias, sob pena de indeferimento (art. 320 do CPC). Estando ela adequada, determinará o magistrado a citação dos réus, a intimação do Ministério Público e, se for o caso, a requisição das informações ao Poder Público, na forma exposta acima, a par de outros documentos que ele entenda necessários a formar sua convicção – documentos esses que devem ser entregues ao juízo em prazo fixado pelo juiz, entre quinze e trinta dias, podendo ser prorrogado em razão de justo motivo (art. 7.º, I, *a*, *b* e §§ 1.º e 2.º, da LAP).

A citação dos réus será feita segundo as formas tradicionais, podendo o autor optar pela citação dos *beneficiários* por edital. Este edital, ao contrário do que ocorre com o regime geral, tem sempre prazo de trinta dias e deverá ser fixado na sede do juízo e publicado, gratuitamente, por três vezes no diário oficial do local em que a medida é ajuizada, iniciando-se a publicação no máximo três dias após a entrega da cópia autenticada do mandado na repartição competente (art. 7.º, II, da LAP).

Não sendo escolhida essa citação por edital, qualquer beneficiário que seja identificado no curso da demanda, enquanto não proferida a sentença de primeiro grau, deverá ser citado, oferecendo-lhe prazo para a contestação e para a produção de provas. O mesmo se aplica para qualquer responsável pelo ato, que seja determinado no curso da causa (art. 7.º, III, da LAP).

Citados os réus, estes terão prazo de 20 (vinte) dias, prorrogáveis por mais vinte – a requerimento do interessado, "se particularmente difícil a produção de prova documental" –, para apresentar sua resposta. Esse prazo, fixo, não é suscetível das causas de prorrogação de prazo previstas nos arts. 183 ou 229 do CPC.

A resposta dos réus poderá consistir apenas em contestação, ou eventualmente em arguição de impedimento ou suspeição do magistrado. Não é cabível a reconvenção no processo de ação popular, especialmente porque a substituição processual ativa (realizada pelo cidadão em relação ao Estado) somente o autoriza a representar os interesses públicos *no polo ativo* da demanda. Porque o cidadão não tem autorização para defender os interesses públicos no polo passivo, não se admite reconvenção nessa espécie de demanda.

A não apresentação de resposta enseja, em princípio, os efeitos da revelia, salvo em relação aos interesses indisponíveis eventualmente defendidos pela pessoa jurídica de direito público.

Oferecida ou não a resposta, inicia-se a fase instrutória do processo. Se tiver sido requerida a prova oral ou pericial, o feito seguirá o rito comum. Caso não haja necessidade de produção de prova oral ou pericial, o juiz dará vista às partes por dez dias, para alegações finais, proferindo então sentença.

Se, no curso do processo, a parte desistir da ação ou der razão para a extinção do feito sem exame de mérito, o magistrado publicará novo edital, semelhante àquele usado para a citação inicial, facultando a qualquer cidadão o prosseguimento da causa, no prazo de noventa dias. Idêntica faculdade é outorgada ao Ministério Público (art. 9.º da LAP).

3.4.4. A sentença

A sentença, em ação popular, deve ser proferida em 15 (quinze) dias a contar do recebimento dos autos pelo juiz após o encerramento da instrução (art. 7.º, VI, da LAP). Extrapolado esse prazo, sem justa razão, fica o juiz proibido de concorrer à promoção por merecimento, por dois anos, gerando ainda "a perda, para efeito de promoção por antiguidade, de tantos dias, quantos forem os do retardamento" (art. 7.º, parágrafo único, da LAP). A sanção em questão constituía, na época da edição da norma, situação excepcional, que tinha por objetivo salientar a importância dessa demanda e impor a ela tratamento prioritário. Hoje, porém, consequência semelhante é prevista pelo próprio Texto Constitucional (art. 93, II, *e*, da CF) para qualquer atraso praticado pelo magistrado, de modo que, de especial no dispositivo, resta apenas a perda de dias para a promoção por antiguidade.

Essa decisão terá por objeto principal a anulação (ou declaração de nulidade ou de inexistência) de ato lesivo aos interesses públicos (aí incluído, como já salientado, o meio ambiente). Sua função principal, portanto, é examinar o ato lesivo em si.

Todavia, se houver dano causado pelo ato inquinado, a sentença também incluirá a condenação dos responsáveis e dos beneficiários à reparação do prejuízo gerado (art. 11 da LAP). Essa condenação, segundo o entendimento que parece mais correto, independe de pedido formulado pelo cidadão. Com efeito, a Lei não prevê a necessidade desse pedido, limitando-se a tratar do pleito à invalidação do ato lesivo. Ao tratar da sentença, por outro lado, o texto legal expressamente indica a imposição dessa condenação (art. 11 da LAP), de modo que se pode tê-la como um efeito anexo da sentença, agregado pela Lei. Por isso, ainda que não tenha havido pedido nesse sentido, apurando o magistrado a ocorrência de lesão ao interesse público em razão do ato impugnado, deverá o magistrado condenar o réu à reparação devida.

O *quantum* da indenização será, sempre que possível, indicada na sentença. Somente

quando for impossível a determinação exata do valor devido é admissível sua liquidação ulterior (art. 14, *caput*, da LAP). De todo modo, o valor da indenização será integral, abrangendo todo prejuízo havido, somado aos acréscimos legais (art. 14, §§ 1.º e 2.º, da LAP). Constitui, ademais, efeito também anexo da sentença em ação popular, que gere essa condenação, a permissão do "sequestro"[19] ou da penhora[20] de bens do condenado, desde a prolação da sentença, a fim de garantir o sucesso da execução futura (art. 14, § 4.º, da LAP). O "sequestro" (*rectius*, arresto) em questão não é providência cautelar, não se sujeitando aos requisitos do *fumus boni iuris* ou do *periculum in mora*. Trata-se de medida semelhante à hipoteca judiciária (tratada pelo art. 495 do CPC), que é imposta pela simples existência da sentença condenatória. A medida, porém, ao contrário do que sucede com a hipoteca judiciária, não poderá ser requerida nos mesmos autos da ação popular, devendo ser buscada por via própria.

Também será incluída na sentença de procedência a condenação dos réus pelas despesas judiciais e extrajudiciais que o autor teve de assumir para ajuizar a demanda, além dos honorários de sucumbência (art. 12 da LAP).

Em caso de improcedência, ao autor não será imposto o ônus da sucumbência, salvo quando comprovada a sua má-fé no ajuizamento da ação popular. Nesse caso, porém, será ele condenado ao décuplo das custas, em razão da demanda temerária que ajuizou (art. 13 da LAP).

3.4.5. Os recursos

Embora a Lei da Ação Popular apenas se refira expressamente à apelação e ao agravo de instrumento (art. 19), é certo que o procedimento admite todos os demais recursos cabíveis em processo civil.

Segundo prevê o *caput* do art. 19 da LAP, a apelação contra a sentença de procedência de ação popular é sujeita a efeito suspensivo. Em doutrina, há quem defenda que o efeito suspensivo *ex lege*, na ação popular, não pode ser tido como compatível com a Constituição de 1988, em razão da magnitude dos interesses protegidos por essa via. Por isso, e em razão do diálogo das fontes do microssistema de processo, parte da doutrina nacional entende que deve ser aplicável à ação popular o regime do efeito suspensivo *ope iudicis*, típico da ação civil pública (art. 14 da LACP).[21]

Realmente, essa parece ser a melhor interpretação para a medida em exame. Nada justifica que se dê aos legitimados para a ação civil pública tratamento privilegiado em relação ao cidadão que deduz ação popular. O exercício da democracia participativa impõe que se dê ao cidadão instrumentos idôneos à sua colaboração para com o bem comum. Atribuir efeito suspensivo à sentença de procedência, em casos como esses – que, recorde-se, trata de interesses públicos de alta relevância, a exemplo do patrimônio público ou do meio ambiente – é desacreditar no magistrado de primeiro grau e no cidadão que ajuíza a demanda, sem qualquer argumento que possa justificar essa discriminação.

Por isso, parece adequado entender que o efeito suspensivo *ex lege* na ação popular, embora pudesse se coadunar com o espírito vigente na época da edição da lei, não tem mais como ser suportado no direito atual. Deve-se ter o preceito como incompatível e derrogado pelo regime mais atual e adequado do microssistema de tutela coletiva (formado pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor).

A sentença que deixar de acolher a pretensão exposta na ação popular – seja por extinguir o feito sem exame de mérito, seja por julgar improcedente o pedido feito pelo autor popular – está sujeita a reexame necessário (art. 19, *caput*, primeira parte, da LAP). Trata-se de facilitar o trabalho do autor, que assume todo o ônus da demanda e merece ter simplificada a sua defesa dos interesses em jogo. A regra é sadia, já que presume a boa-fé do cidadão e se preocupa com a proteção dos interesses públicos.

3.4.6. A coisa julgada

Em ação popular, a sentença se sujeita a coisa julgada *erga omnes*, exceto quando julgada a demanda improcedente por insuficiência de provas.

A coisa julgada *erga omnes* implica a sujeição de toda a comunidade à coisa julgada, de modo que não apenas as partes efetivamente presentes na demanda são atingidos pela imutabilidade da sentença, mas qualquer outro cidadão – que tenha ou não participado do feito – fica abrangido pela intangibilidade da decisão. É exatamente por isso que a Lei admite a intervenção de outros cidadãos como litisconsortes do autor, no curso do processo: porque depois não haverá mais oportunidade para que possam apresentar seus argumentos.

Quando, porém, a sentença entender pela improcedência da demanda por insuficiência de provas, não haverá coisa julgada material. Desse modo, qualquer cidadão poderá ajuizar nova ação com idêntico fundamento, desde que lastreado em prova nova.

Não é necessário que o juiz, na sentença, expressamente indique que o fundamento de sua decisão é a insuficiência de provas. Basta que se infira esse dado do contexto da sentença, para que seja aplicável o preceito.

De outro lado, a análise de prova nova, no caso presente, há de importar o juízo sobre a suficiência da prova (nova) para alterar o quadro cognitivo do processo. Desse modo, não é qualquer prova nova que autoriza a repropositura da ação popular. É necessário que a nova prova seja idônea para permitir um juízo de procedência ou, ao menos, que somada aos demais elementos dos autos – apresentados na primeira demanda – o conjunto probatório seja suficiente para gerar outra conclusão sobre os fatos relevantes da causa.

Não há prazo para a apresentação dessa prova nova, mas é evidente que ela está condicionada ao prazo para ajuizamento da ação popular. Assim, somente se a prova nova for obtida dentro do prazo previsto para o cabimento da ação popular é que se pode

autorizar a nova propositura da demanda. Ultrapassado esse prazo, nem mesmo com nova prova é possível rediscutir o tema (salvo, como já visto anteriormente, nos casos em que se busque o ressarcimento de dano ao patrimônio público, situação em que se tem ação imprescritível).

Finalmente, vale considerar que a coisa julgada em ação popular inviabiliza o ajuizamento não só de outras ações populares com o mesmo objeto, mas também de outras ações *quaisquer* que discutam o mesmo tema. Assim, restam inviabilizadas outras espécies de ações coletivas que tratem do mesmo assunto, e em que haja identidade de pedido, de réus e de causa de pedir.[22]

3.4.7. O cumprimento da sentença em ação popular

A efetivação das sentenças em ação popular não extrapola muito aquilo que se tem em relação ao processo comum. Em regra, usam-se aqui os preceitos existentes para a execução de sentença individual, postos no Código de Processo Civil. Assim, dependendo da natureza da prestação imposta pela sentença (fazer, não fazer, dar ou pagar) serão empregados os regimes do cumprimento de sentença para prestações de fazer ou não fazer (arts. 536 e 537), de entregar coisa (art. 538) ou de pagar quantia certa (art. 523 e ss.).

As diferenças ficam por conta, em primeiro lugar, do legitimado para a execução. Ao contrário do que sucede com o processo individual, na ação popular não é o titular do direito (ou do crédito) que, em princípio, realizará a execução. Toca ao autor da ação popular dar início à execução. Se este não o fizer, poderá provocar a execução qualquer outro legitimado, ou seja, qualquer outro cidadão. Todavia, se passados mais de sessenta dias da prolação da sentença (ou acórdão) eficaz,[23] sem que o autor original ou terceiro haja dado início à execução, caberá ao Ministério Público promovê-la, sob pena de falta grave, no prazo de trinta dias (art. 16 da LAP).

Também poderá a pessoa jurídica de direito público, prejudicada com o ato lesivo, promover a execução da parte da sentença que a beneficiar, *ainda quando não tenha assumido o polo ativo da demanda, na fase de conhecimento*. Vale dizer que, ainda que a pessoa (ou o órgão) de direito público tenha entendido que era infundada a ação popular, em caso de procedência poderá utilizar-se da sentença para recobrar o que lhe é devido dos outros corréus (art. 17 da LAP).

Finalmente, insta apontar regra interessante, posta no sistema da Lei da Ação Popular – e que, ao que parece, pode ser empregada em outros sistemas, para a execução de outros julgados, especialmente em razão do princípio da *atipicidade dos meios executivos* hoje em vigor no direito nacional – no seu art. 14, § 3.º. Segundo a regra, a execução de crédito contra quem receba valores dos cofres públicos poderá ser feita mediante desconto em folha, até o integral ressarcimento do prejuízo. A regra é interessante, por simplificar a execução, tornando-a menos onerosa, mais rápida e mais direta, já que a

satisfação é feita pelo Estado, independentemente da atuação jurisdicional. Convém apenas que o magistrado fixe um plano para pagamento, de modo a não privar o executado de um mínimo para sobreviver, se aquele valor consistir sua única fonte de renda. Cabe dizer que, em que pese o contido no art. 833, IV, do CPC, a tornar impenhorável, em linhas gerais, a remuneração das pessoas, essa garantia referente à proteção da dignidade da pessoa humana deve conviver com a imposição de higidez do patrimônio público lesado, nos termos do que prevê o art. 37, § 5º, da CF, e com o *status* constitucional da ação popular, destinada a proteger esse erário. Por isso, parece razoável concluir que resguardado montante suficiente à manutenção do réu, o restante de sua remuneração possa e deva ser arrecadada para a recomposição do patrimônio público.

Em tais casos, parece que até mesmo o preceito contido no art. 833, § 2.º, do CPC, pode, *em certos casos*, ser relativizado. Embora essa regra admita, de modo geral, a penhora de altos salários, ainda que a remuneração em questão não possa ser considerada "alta" nos moldes do dispositivo, *em alguns casos*, pode também essa proteção ao patrimônio mínimo ser relativizado em prol da proteção do erário e do interesse público.

[1] Como leciona JORGE MIRANDA, a respeito do direito de ação, "este preceito não se limita, de resto, a impedir *negativamente* restrições, discriminações ou requisitos que tolham o acesso a tribunal. Mais do que isso, para que a justiça não possa ser denegada 'por insuficiência de meios económicos', ele impõe outrossim ao Estado *positivamente* que crie condições para que todas as pessoas singulares e colectivas tenham possibilidade efectiva de defender os seus direitos e interesses em tribunal" (JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, t. IV, p. 244). V., tb., a propósito, ROBERT ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, *passim*; CLAUS-WILHELM CANARIS, *Direitos fundamentais e direito privado*, trad. INGO WOLFGANG SARLET e PAULO MOTA PINTO, *passim*; JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Estudos sobre direitos fundamentais*, esp. p. 69 e ss.; LUIZ GUILHERME MARINONI, *Técnica processual e tutela dos direitos*, 165 e ss.; Id. A jurisdição no estado contemporâneo, *Estudos de direito processual – Homenagem ao Prof. Egas Dirceu Moniz de Aragão*, *passim*; INGO WOLFGANG SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, *passim*; Id. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, *passim*; MARCELO LIMA GUERRA, *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, p. 82-110; SÉRGIO CRUZ ARENHART, Tutela coletiva e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário, *Processo civil coletivo,* p. 505-527; LUCIANE GONÇALVES TESSLER, O papel do Judiciário na concretização dos direitos fundamentais, *Estudos de direito processual civil – Homenagem ao Prof. Egas Dirceu Moniz de Aragão,* p. 152 e ss.

[2] Cf. STF, RE 78.250/PR, Pleno, rel. Min. Oscar Correa, *DJU* 03.09.1982, p. 8501.

[3] Ainda que por via oblíqua, a decisão tomada em ação popular também afete interesses individuais. V., a respeito, GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Curso de direito constitucional*, p. 545.

[4] Em conta da limitação posta nos textos constitucionais anteriores, a Lei da Ação Popular (Lei 4.717/1965) somente se refere à ação popular que tem por objetivo a anulação de ato lesivo ao patrimônio de entidade pública (art. 1.º), eventualmente, assimilando a essa situação a lesão a bens de "valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico" (art. 1.º, § 1.º).

[5] Não se admite, assim, ação popular para atacar a lei em tese. Apenas quando o ato legislativo opere efeitos concretos é que a via da ação popular se abre, na medida em que, aí, haverá sem dúvida ato em si lesivo.

[6] Admitindo o emprego da ação popular para veicular pretensão de imposição de obrigação de não fazer, v. STJ, REsp

889.766/SP, 2.ª T., rel. Min. Castro Meira, *DJU* 18.10.2007, p. 333.

7

Cf. GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA, *Manual das ações constitucionais*, p. 367.

8

"Pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular" (Súmula 365 do STF).

9

Art. 1.º, § 3.º, da Lei da Ação Popular (Lei 4.717/1965).

10

A referência é à Constituição de 1946.

11

Assim, entre outros, v. STJ, REsp 474.475/SP, 1.ª T., rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 06.10.2008.

12

STJ, REsp 958.550/SC, 1.ª T., rel. Min. José Delgado, *DJe* 24.04.2008.

13

No STJ, há decisões entendendo que o prazo em questão não é prescricional, mas decadencial (*v.g.*, STJ, REsp 258.122/PR, 2.ª T., rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJU* 05.06.2007, p. 302). A rigor, a natureza jurídica do prazo para se questionar atos públicos deve ser aferida no caso concreto, diante do objeto da ação, pois, conforme exposto alhures, a ação popular comporta qualquer uma das cinco eficácias da sentença. Porém, o prazo para *ajuizamento de uma ação popular* certamente não é nem prescricional, nem decadencial, já que – pensado exclusivamente sob essa ótica – é um prazo processual e que não se relaciona quer à perda da pretensão, quer à perda de um direito material. Do ponto de vista técnico, o prazo para ajuizamento de uma ação é sempre preclusivo.

14

Assim, STJ, REsp 755.059/SP, 2.ª T., rel. Min. Humberto Martins, *DJU* 07.02.2008, p. 1.

15

Nesse sentido, v. GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA, op. cit., p. 401.

16

Nesse sentido, embora tratando de ação civil pública, v. STJ, REsp 403.153/SP, 1.ª T., rel. Min. José Delgado, *DJU* 20.10.2003, p. 181; STJ, REsp 705.715/SP, 1.ª T., rel. Min. Francisco Falcão, *DJe* 14.05.2008.

17

Como se verá adiante, a pessoa jurídica prejudicada pelo ato lesivo deve sempre ser citada para o processo.

18

Vale recordar que a ação popular proposta para a proteção do meio ambiente nem sempre será ajuizada contra agente ou órgão público. É bem possível que o único responsável por essa lesão seja entidade privada, que será então a responsável pela prática do ato e, em princípio, o principal réu da demanda.

19

Embora a Lei da Ação Popular denomine o ato de sequestro, na realidade se trata de arresto, já que visa à garantia de crédito.

20

Obviamente, a penhora aqui é ulterior, somente sendo cabível quando já iniciada a execução. Até então, a medida adequada será o arresto de bens do condenado.

21

Assim, GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA, op. cit., p. 388.

22

Não importa, para a caracterização dessa coisa julgada – assim como para a litispendência – a identidade de sujeitos ativos, já que a legitimação extraordinária das ações coletivas induz a que se priorize a avaliação dos beneficiários da ação e não do titular do processo.

23

Ou seja, não mais sujeito a recurso com efeito suspensivo.

Caso

A União, no exercício de competência a si atribuída pelo art. 231 da CF, reconheceu que determinada área, equivalente a 60% do estado A, é tradicionalmente ocupada pelos índios. Por esse motivo, demarcou a área, determinando a retirada de quaisquer outras populações. Dada a extensão da área, João, deputado estadual, ajuizou ação popular na Vara Federal da capital do Estado contra o Presidente da República, que assinou o decreto; contra a União, na qualidade de pessoa jurídica interessada; bem como contra a Funai, na qualidade de representante das populações indígenas beneficiadas, para tutela do patrimônio público estadual. O autor alega que a demarcação em questão praticamente esvaziou o território estadual.

Em face dessa situação hipotética, responda:

a) A ação popular é meio processual idôneo para o presente caso?

b) Os polos ativo e passivo da ação estão ocupados por partes legítimas?

c) Está correto o ajuizamento da ação popular em primeiro grau de jurisdição?

2. Sistema legal para a proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos

O direito brasileiro é dotado de amplo sistema de proteção dos direitos transindividuais e dos direitos individuais que merecem "processos diferenciados" diante da sociedade de massa.

O primeiro diploma concebido no direito nacional, especificamente para a tutela dos interesses da coletividade, foi a Lei 4.717/1965 (Lei da Ação Popular), editada para proteção do patrimônio público. O Diploma Legal permanece em vigor, mas não será aqui examinado de modo detido, já tendo sido estudado anteriormente. De toda sorte, por conta da timidez da disciplina ofertada à tutela coletiva nessa lei, a medida é pouco empregada hoje em dia. De fato, o grande defeito dessa lei reside na legitimação conferida. Embora represente louvável homenagem à democracia participativa, permitindo que qualquer cidadão possa ir a juízo para a proteção do patrimônio público, é certo que o cidadão normalmente não tem condições (econômicas, jurídicas e mesmo interesse efetivo) de postular, perante o Judiciário, em oposição à Administração Pública ou a grandes empresas (eventualmente beneficiadas pelo ato lesivo). Essa dificuldade, assim, praticamente anula o benefício introduzido pela Lei da Ação Popular, muito embora ainda se encontrem no foro algumas ações específicas que dele se valham para proteção dos interesses públicos.

A superação desse "inconveniente" veio com a edição, em 1985, da Lei 7.347 (Lei da Ação Civil Pública). Inicialmente, essa lei desejou regular apenas as ações tendentes à tutela do meio ambiente, do consumidor e de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Atualmente, em face de alterações introduzidas em seu art. 1.º ela pode ser utilizada para proteção de qualquer interesse difuso ou coletivo, inclusive por infração da ordem econômica e da economia popular (art. 1.º, IV e V, da Lei 7.347/1985).

A essa lei agregou-se o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), formando assim um sistema integrado. Isto porque o art. 90 do CDC[1] manda aplicar às ações ajuizadas, com base nesse Código, as regras pertencentes à Lei da Ação Civil Pública e ao Código de Processo Civil, naquilo que sejam compatíveis. Por outro lado, em razão de regra constante no art. 21 da LACP – introduzida pelo art. 117 do CDC[2] – são aplicáveis às ações nela calcadas as disposições processuais existentes no Código de Defesa do Consumidor. Portanto, a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor estão interligados, existindo perfeita interação entre os dois estatutos legais.

O sistema de proteção dos direitos transindividuais é complementado por leis esparsas, relativas a situações específicas, como a Lei de Abuso do Poder Econômico (Lei 12.529/2011, especialmente art. 47) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei

8.069/1990, especialmente art. 208 e ss.).

Na verdade, esse sistema permite dizer que é admissível, perante o direito nacional, a proteção de qualquer direito transindividual, e ainda a tutela adequada dos direitos que podem ser lesados nas relações características da sociedade de massa (cf. art. 91 e ss. do CDC). Tudo isso por meio do que se pode chamar de "ação coletiva", a qual pode tutelar direitos denominados de: (i) difusos; (ii) coletivos e (iii) individuais homogêneos (a definição desses "direitos" está no art. 81 do CDC)[3]. Para a proteção dos direitos transindividuais, diante de determinadas circunstâncias, é possível até mesmo o uso de "ações específicas", de intervenção rápida e relevância constitucional, como o mandado de segurança coletivo (art. 5.º, LXX, da CF).

De início, a Lei da Ação Civil Pública foi concebida para regular apenas as ações de responsabilidade civil, de obrigação de fazer e de não fazer, e as cautelares. Hoje, porém, em vista do art. 83 do CDC – que consagra o direito à adequada tutela jurisdicional –, são cabíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (art. 81 do CDC). Aliás, não seria razoável excluir os direitos individuais que podem ser lesados em face das relações da sociedade de massa (ditos direitos individuais homogêneos – art. 81, parágrafo único, III, do CDC) do campo de incidência da ação coletiva. A proteção "coletiva" desses direitos (a tutela de *direitos individuais* por meio de uma *técnica coletiva*, isto é, adequada às lesões próprias das relações de massa), além de eliminar o custo das inúmeras ações individuais e de tornar mais racional o trabalho do Poder Judiciário, supera os problemas de ordem cultural e psicológica que impedem o acesso à Justiça e neutraliza as vantagens dos litigantes habituais e dos litigantes mais fortes (como as grandes empresas).

O direito nacional admite três categorias de direitos (difusos, coletivos e individuais homogêneos) que podem ser tutelados por meio da "ação coletiva". Frise-se que a "ação coletiva" é o veículo por meio do qual é viabilizada a tutela de direitos definidos pelo legislador (no art. 81 do CDC) como: (*i) difusos; (ii) coletivos e (iii) individuais homogêneos*. Como já foi dito, tais direitos *podem ter qualquer natureza*, muito embora sua proteção esteja prevista, em parte, no Código de Defesa do Consumidor.

Os direitos individuais homogêneos, embora não sejam, por razões óbvias, definidos como *transindividuais*, também podem ser tutelados por meio da ação coletiva, inclusive com a possibilidade da utilização de medida específica, delineada a partir do art. 91 do CDC*. Este procedimento determinado – que pode ser empregado sem prejuízo de qualquer outro – se justifica porque a lesão a interesses de massa possuem especificidades que impõem a adaptação do procedimento às suas necessidades*. É nesse sentido que o art. 81 do CDC afirma, em seu parágrafo único, III, que "a defesa coletiva será exercida quando se tratar de interesses ou direitos individuais homogêneos, *assim entendidos os decorrentes de origem comum*" (grifo nosso).

De todo modo, os direitos individuais homogêneos caracterizam-se por serem direitos típica e fundamentalmente individuais. Porém, conquanto individuais, autoriza a ordem jurídica a sua tutela pela via coletiva apenas porque a identidade de situações dos sujeitos permite que a proteção judicial se dê de maneira uniforme para todos. Trata-se, portanto, de simples *opção* legislativa, no sentido de otimizar a resposta jurisdicional que se oferece a situações de direitos individuais de massa. Porque essa solução oferece a melhor resposta estatal – por vários motivos, a exemplo da isonomia de tratamento, da facilitação de acesso à Justiça para direitos de pequena expressão individual etc. – ela é preferível à tutela individual desses interesses, ainda que a lei nacional não vede esse acesso individualizado ao Poder Judiciário.[4] O critério, portanto, para se saber se um direito *individual* deve merecer proteção jurisdicional *individual* ou *coletiva* é, basicamente, a maior ou menor utilidade de uma ou de outra via. Sempre que direitos individuais, que pudessem ser aglutinados em regime de litisconsórcio, receberem proteção mais adequada (para os sujeitos envolvidos e também para o Estado) pela via coletiva, então a ação coletiva deve ser preferida. Do contrário, sempre que for mais eficiente a proteção individual desses interesses, então sua tutela deve ser realizada por demandas individuais, ou no máximo em cumulação de demandas.

Exemplifique-se. O direito à indenização em razão de certo prejuízo causado ao público pode, em tese, ser exercido de forma individual ou coletiva. A proteção será preferencialmente individual sempre que a solução coletiva for inútil ou não for capaz de oferecer vantagem razoável às vítimas da lesão. Já, se a via coletiva for suficiente para a definição dos elementos da responsabilidade civil, então esse caminho deverá ter preferência sobre o caminho individual, o que qualificará os interesses como individuais homogêneos. Sob outro ângulo, o reconhecimento de invalidade, por exemplo, de um ato administrativo que afeta muitas pessoas, embora pudesse ser reclamado de forma individual, terá certamente na tutela coletiva uma proteção mais eficiente. Por meio dessa forma de tutela, aliás, conseguir-se-á a preservação da isonomia, evitando decisões conflitantes ou o retardamento do atendimento a certa situação. A proteção coletiva, então, será aí recomendável e o interesse deve ser qualificado como individual homogêneo.

Enfim, vê-se que a caracterização dos direitos como individuais homogêneos não se assenta em nenhuma qualidade específica do plano material, nem se liga a modalidades *novas* de interesses (antes não reconhecidas pelo ordenamento jurídico). Trata-se, simplesmente, de uma *questão processual*, a indicar qual forma de proteção deve ser "preferível" para certos interesses individuais: se a individual ou a coletiva. A questão, portanto, está atrelada à ideia de *efetividade* e *adequação* da proteção jurisdicional, implicando considerar qual forma judicial de proteção é melhor para cada espécie de interesse.

Examinados rapidamente os interesses individuais homogêneos, vejamos as definições legais dos direitos difusos e coletivos. Elas estão no art. 81, parágrafo único, I e II, do CDC:

a) *Direitos difusos*. Na dicção do art. 81, parágrafo único, I, esses são os direitos *"transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato"*;

b) *Direitos coletivos* (que poderiam ser chamados, para não haver confusão com o gênero, direitos coletivos *stricto sensu*). Segundo define o art. 81, parágrafo único, II, do CDC, esses são os direitos *"transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base".*

Ao contrário do que sucede com os direitos individuais homogêneos, ao examinar os direitos coletivos ou difusos, está-se efetivamente diante de interesses que extrapolam o plano individual. Nenhum deles pode ser atribuído a qualquer sujeito determinado, de modo que sua titularidade será atribuída, *indivisivelmente*, a um grupo ou a toda coletividade.

Ou seja, os direitos difusos e coletivos (*stricto sensu*) são tipicamente direitos transindividuais, *não pertencendo a indivíduo determinado.* Não se confundem com direitos específicos (individuais), atribuídos a todas as pessoas, como os direitos da personalidade (direito à vida, direito à educação, direito ao nome, direito à honra etc.), porque estes últimos são individuais, pertencem a cada um dos sujeitos isoladamente (embora de maneira uniforme). Os direitos difusos e coletivos, ao contrário, não podem ser isolados diante de um único sujeito, não pertencem a uma única pessoa. Compare-se, para bem entender a distinção, o direito à imagem e o direito ao meio ambiente sadio: conquanto se possa dizer que o direito à imagem é universal, porque todos os sujeitos possuem, é fácil identificar, em cada pessoa, seu próprio direito (legitimando-se, por isso mesmo, cada titular a propor ações para a tutela de seu específico interesse). Já o direito ao meio ambiente (direito difuso), porque pertencente a toda coletividade, de forma diluída, não admite que ninguém, isoladamente, seja considerado seu titular (ou mesmo de parcela determinada dele).

Outrossim, esses direitos – difusos e coletivos (*stricto sensu*) – são caracterizados por sua natureza indivisível. Não pertencem a um único indivíduo, e ainda se mostram indivisíveis dentre os sujeitos que dão composição à comunidade. Não se pode, por isso mesmo, admitir que tais direitos sejam confundidos com a somatória dos direitos individuais, pertencentes a cada um dos sujeitos que integram a coletividade. Também se mostra inconcebível a limitação da tutela oferecida a estes direitos – muitas vezes feita pelos tribunais – a certos parâmetros territoriais (como, por exemplo, ao Estado do Paraná), já que isso ofenderia a essência do próprio direito.[5]

Note-se, por outro lado, que a diferença essencial entre os direitos difusos e direitos coletivos (*stricto sensu*) reside no fato de que os direitos difusos pertencem, naturalmente, a pessoas indeterminadas, dissolvidas na sociedade, e que por meras circunstâncias fáticas estão ligadas entre si, enquanto os direitos coletivos (*stricto sensu*) têm como titular

grupo, categoria ou classe de pessoas que estão ligadas entre si ou com o violador (ou potencial violador) do direito, por uma relação jurídica base. Portanto, ao contrário do que ocorre com os direitos difusos, os coletivos permitem que se identifique, em um conjunto de pessoas, um núcleo determinado de sujeitos como "titular". Não interessa se esse grupo é ou não organizado. O que importa realmente é a existência de um agrupamento identificável, como titular do interesse (por exemplo, os consumidores, os aposentados, os contribuintes etc.), não sendo necessário que todos estejam inseridos em associação, sindicato ou outro órgão representativo. Esse órgão será efetivamente legitimado a propor a ação, mas os efeitos da tutela abrangerão a todos os que pertençam ao grupo, independentemente de estarem ou não vinculados ao organismo.

São exemplos de direitos difusos: o direito ao meio ambiente, o direito à saúde pública[6] ou o direito à cultura. Por outro lado, podem ser considerados como direitos coletivos, porque indivisíveis, mas pertencentes a um grupo determinado: o direito de certa classe de trabalhadores a um ambiente sadio de trabalho, o direito dos índios ao seu território, ou o direito dos consumidores à informação adequada.[7]

Como já dito, os direitos individuais homogêneos, contrariamente ao que ocorre com as duas outras espécies de direitos já examinadas, são em verdade direitos individuais, perfeitamente atribuíveis a sujeitos específicos. Mas, por se tratar de direitos individuais idênticos (de massa), admitem – e mesmo recomendam, para evitar decisões conflitantes, com otimização da prestação jurisdicional do Estado – proteção coletiva,[8] através de uma única ação. Assim, deve ser porque tais direitos são uniformes (nascem de um mesmo fato-gênese ou de fatos iguais), permitindo, então, resolução unívoca. São exemplos desses direitos: os dos contribuintes de impugnar a exação tributária tida como inconstitucional, ou o direito dos consumidores a serem indenizados da quantidade a menor de produto existente na embalagem. Estes direitos individuais homogêneos, portanto, não são transindividuais, mas nitidamente individuais. Também não são indivisíveis, permitindo perfeita identificação da porção correspondente a cada um dos interessados. Poderia, assim, cada um dos lesados buscar a reparação de seu específico prejuízo. Porém, por inúmeras circunstâncias – dentre as quais sobressai, muitas vezes, a exiguidade do dano experimentado pelos sujeitos individualmente, ainda que a soma total seja relevante[9] – é mais aconselhável a proteção coletiva.

1

"Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste Título as normas do Código de Processo Civil e da Lei 7.347, de 24.06.1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições."

2

"Art. 117. Acrescente-se à Lei 7.347, de 24.06.1985, o seguinte dispositivo, renumerando-se os seguintes: 'Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei 8.078, de 11.09.1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor'."

3

"Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II – interesses ou direitos coletivos, assim

entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum."

[4]

Para mais informações sobre os requisitos para a caracterização dos direitos individuais homogêneos, sobre as razões que autorizam a sua proteção e sobre detalhes a respeito de sua tutela, v. SÉRGIO CRUZ ARENHART, *A tutela coletiva de interesses individuais*, São Paulo: Ed. RT, 2013, *passim.*

[5]

V. KAZUO WATANABE et alii, *Comentários ao Código brasileiro de Defesa do Consumidor (comentado pelos autores do anteprojeto)*, p. 721.

[6]

Que não se confunde com o direito individual à saúde, nitidamente um direito individual.

[7]

Novamente, todos esses direitos podem expressar-se*, de maneira diferente*, diante de cada um dos sujeitos que dão composição ao grupo. Assim, cada um dos trabalhadores tem direito de exigir, *para si*, condições dignas de trabalho, cada consumidor poderia exigir a informação adequada, para si, sobre determinado produto. Mas, considerado como interesse coletivo (o direito da classe inteira dos trabalhadores a boas condições de trabalho, o direito dos indígenas ao território respectivo e o direito dos consumidores, como um todo, à informação sobre os produtos de consumo), tem ele a dimensão genérica da proteção não individualizada do interesse.

[8]

"Direito coletivo é direito transindividual (= sem titular determinado) e indivisível. Pode ser difuso ou coletivo *stricto sensu*. Já os direitos individuais homogêneos são, na verdade, simplesmente direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneos não desvirtua essa sua natureza, mas simplesmente os relaciona a outros direitos individuais assemelhados, permitindo a defesa coletiva de todos eles. 'Coletivo', na expressão 'direito coletivo' é qualificativo de 'direito' e por certo nada tem a ver com os meios de tutela. Já quando se fala em 'defesa coletiva' o que se está qualificando é o modo de tutelar o direito, o instrumento de sua defesa" (TEORI ALBINO ZAVASCKI, Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos cit., *RePro* 78/33).

[9]

É o caso de certos produtos vendidos com a indicação de certo peso, o qual, na verdade, não é exato. Ninguém proporia ação para ver abatido no preço a diferença, ou para recobrá-la do produtor, em função da quantidade do prejuízo individual. Todavia, o prejuízo considerado globalmente pode ser relevante, surgindo então o interesse na propositura da ação coletiva. *Esta ação é de grande importância, bastando perceber que a norma (e assim o ordenamento jurídico, ao menos em parte) que impede que determinado produto seja oferecido ao público consumidor em quantidade inferior àquele determinado no seu rótulo, poderia ficar sem atuação, simplesmente por não compensar economicamente a ação na forma individual.*

5. A ação civil pública para a proteção de direitos individuais homogêneos

5.1. Considerações gerais

A leitura do Código de Defesa do Consumidor pode dar a impressão de que aquela lei reserva tratamento específico e diferente para a tutela dos direitos individuais homogêneos. Esses direitos, caracterizados por não serem direitos transindividuais, mas sim direitos individuais de massa, de fato recebem do Código de Defesa do Consumidor um meio específico de proteção, chamado, nos termos da lei, de "ação coletiva de condenação genérica", disciplinada a partir do seu art. 91.

A impressão, todavia, de que esse seja *o único mecanismo para a proteção desses direitos* é equivocada. Em conformidade com o que prevê o art. 83 do CPC, também se aplica para os direitos individuais homogêneos a cláusula aberta, que lhes destina quaisquer espécies de demandas adequadas à sua proteção.[1] Por isso, qualquer espécie de ação ou de procedimento é cabível para a proteção de interesses individuais homogêneos.

De todo modo, o Código de Defesa do Consumidor ofereceu *um instrumento a mais,* dedicado exclusivamente à proteção dos interesses individuais homogêneos, que é a figura disciplinada a partir do seu art. 91. Trata-se, assim, não da forma única de proteção, mas apenas de um instrumento a mais para a tutela desses interesses. É um procedimento destinado a oferecer uma condenação genérica, seguida de execuções preferencialmente individuais, ou seja, constitui uma modalidade de tutela ressarcitória pelo equivalente em dinheiro, que é a menos importante de todas as formas de tutela. Porém, esse regime foi especificamente desenhado porque, diante de direitos individuais homogêneos, ele se desenvolve em dois momentos distintos: um primeiro coletivo (na sua fase de conhecimento) seguido, no momento da execução do julgado, por uma fase eminentemente individual, conduzida pelas vítimas do fato. Porque essa técnica é anormal no sistema processual tradicional, era de fato imprescindível criar disciplina própria para a sua atuação, que não encontraria outro referencial nos mecanismos tradicionais de proteção desenhados pela legislação processual comum.

Tal ação (de condenação genérica) é, efetivamente, a representação nacional da *class action for damages* norte-americana, disciplinada por meio da regra 23 das *Federal Rules of Civil Procedure* daquele sistema.[2]

Parte da doutrina nacional entende que há, a partir desse tratamento específico, duas ações distintas, tratadas no Código de Defesa do Consumidor.[3] A primeira seria a *ação civil pública*, destinada à proteção de interesses difusos e coletivos, em que a atuação –

em todos os momentos – se dá pelo legitimado coletivo, sem a interferência do particular. A segunda seria a ação civil coletiva (nome dado em razão da referência presente no art. 91, daquela Lei), dedicada exclusivamente à proteção dos interesses individuais homogêneos. Haveria, então, nesta interpretação do Código de Defesa do Consumidor substancial diferença entre o regime da ação destinada a tutelar direitos difusos e coletivos e a ação de condenação genérica relativa aos direitos individuais homogêneos. Esta última objetivaria viabilizar o tratamento processual coletivo a direitos substancialmente individuais. Quando determinado ilícito ocasiona danos a inúmeros direitos individuais, vale dizer, quando um ilícito espalha seus efeitos danosos sobre um grande número de direitos (lesões em massa-"direitos decorrentes de origem comum"), apareceria como oportuna e viável a ação coletiva que, concebendo sentença de condenação genérica, abre ensejo à tutela dos "direitos individuais homogêneos".

Na realidade, essa interpretação restritiva da tutela dos direitos individuais homogêneos não tem o menor sentido.[4] Supor que os interesses individuais homogêneos somente poderiam ser protegidos posteriormente à sua lesão e apenas pela via condenatória genérica (seguida de execução prioritariamente individual) é dar interpretação à tutela desses direitos manifestamente contrária ao comando constitucional. De fato, inicialmente, é necessário não perder de vista a índole constitucional da tutela coletiva, que importa a eficácia maximizada que se lhe deve sempre emprestar, não se justificando qualquer limitação ou interpretação que reduza a sua efetividade.

Segundo considera TEORI ALBINO ZAVASCKI, a via condenatória (com tom ressarcitório) seria a única admissível pela própria estrutura dos direitos individuais homogêneos e a finalidade desta ação coletiva. Na percepção do autor, "refogem ao âmbito da legitimação extraordinária em causa pretensões de outra natureza, notadamente a constitutiva, cuja sentença, com eficácia imediata e concreta, independentemente de posterior ação de execução, não é compatível com provimentos de natureza genérica. Ademais, conforme adiante se verá, a sentença constitutiva não comportaria a opção, que o sistema criou em favor do titular do direito material, de se submeter ou não à ação coletiva e de executar ou não, em seu favor, a sentença genérica que nela vier a ser proferida".[5] Em síntese, portanto, a maior objeção que se poderia aventar a outra eficácia admissível em tema de tutela de direitos individuais homogêneos tange à estrutura interna destes interesses, à situação particular daquele ente legitimado a protegê-los de forma global e à impossibilidade concreta de evitar a incidência dos efeitos do provimento de outra ordem (que não a condenatória) por quem dele não se queira valer.

Efetivamente, entendido o direito individual homogêneo como um direito de cunho estritamente individual e, portanto, de titularidade de um sujeito determinado, parece lógico que não lhe possa subtrair a possibilidade de dispor do interesse, da forma como melhor lhe aprouver. Ora, dentre os provimentos de caráter genérico, somente aquele que tenha índole estritamente condenatória permite que a parte (titular do interesse) venha ou não, conforme sua vontade, socorrer-se da prestação obtida – o que será feito por meio da futura execução individual, calcada no provimento condenatório genérico. Todos os demais

provimentos (declaratório, constitutivo, mandamental ou executivo) operam seu efeito preponderantemente de maneira indiscriminada e, portanto, de forma a inviabilizar a possibilidade de o titular do interesse evitar a incidência da tutela coletiva em sua esfera jurídica. Realmente, os provimentos que operam diretamente no mundo jurídico, certificando a existência de uma específica regra de regência ao caso concreto, ou alterando uma relação jurídica (no caso, uma relação jurídica base, comum a todos), não admitem a cisão de seus efeitos concretos, de modo a fazer incidir a regra para certas pessoas e não para outras, ou a extinguir, criar ou modificar uma relação jurídica para alguns e não para outros.[6] Da mesma forma, os provimentos que se resolvem em uma ordem (ou em uma atuação específica) experimentam certa dificuldade, na maioria dos casos, em ser divididos para os vários titulares dos interesses lesados.[7]

Esta dificuldade, todavia, não parece ser suficiente para ensejar a vedação à utilização de outras eficácias no provimento que se dedica à tutela dos direitos individuais homogêneos.[8] Isto porque a impossibilidade de o titular de um interesse ver-se excluído da incidência dos efeitos de um provimento é, de fato, algo imprevisível e impossível de ser determinado *a priori*. Como é cediço (e de acordo com o que será melhor examinado adiante, quando se analisar a questão dos efeitos da sentença inibitória e seu contraponto com o tema da coisa julgada em face desta tutela), não tem o legislador condições de controlar os limites em que se farão sentir os efeitos de um provimento. Pode-se disciplinar os limites objetivos da coisa julgada (ou seja, a imutabilidade que qualificará algum ou alguns destes efeitos), mas jamais será possível dizer, antecipadamente, quem ou que situação será atingida pelos efeitos do provimento.

E, mais que isto, esta peculiaridade nem pode ser invocada como algo exclusivo ou típico das tutelas coletivas. Ao revés, isto ocorre em relação a qualquer espécie de provimento. Ninguém pode, *ex ante*, optar por submeter-se ou não *aos efeitos de um provimento judicial* (eventualmente poderia ou não decidir sujeitar-se à imutabilidade destes efeitos, mas não à incidência ou à percepção deles), seja ele de que natureza for. Por óbvio, ninguém, terceiro ou parte em relação a uma ação tendente à anulação de um contrato de compra e venda, pode, após transitada em julgado a sentença anulatória, pretender adquirir o bem do primitivo comprador, já que este não detém mais nenhum poder sobre a coisa; o terceiro em relação a esta ação não poderia, de modo algum, optar por não sujeitar-se a este efeito, preferindo manter-se e conviver com a situação jurídica existente antes da anulação. Do mesmo modo, um terceiro, em relação a uma ação reivindicatória envolvendo dois sujeitos, não pode simplesmente desconsiderar os efeitos do provimento ali emanado; terá de tomar em conta estes efeitos se, por acaso, vier a pretender a propriedade da coisa objeto daquela demanda, pleiteando-a junto àquele que sagrou-se vencedor na primeira ação (ainda que desta não tenha ele feito parte).

Assim acontece com ações individuais, e não haveria de ser diferente em relação a ações coletivas. E o fato de o direito tutelado pela ação coletiva ser individual (de massa) não altera esta circunstância, nem permite que se discrimine a situação aqui examinada. A

impossibilidade concreta de o titular do direito material desconsiderar o efeito do provimento obtido na demanda coletiva – ressalte-se novamente que se está aqui analisando o efeito do provimento e não a qualidade de imutabilidade que eventualmente o reveste – é absolutamente normal nas situações concretas, de impossível previsibilidade e regência. Assim, por exemplo, uma ação visando à proteção do consumidor, no intuito de determinar (provimento mandamental) a uma montadora de veículos que promova convocação dos compradores de certo automóvel, para trocar certa peça defeituosa (aquilo que se tem denominado de *recall*) é, indubitavelmente, cabível e ninguém poderá considerar-se imune aos efeitos do provimento favorável ali obtido. Poderá, sem dúvida, não atender ao chamado, ou mesmo pretender que aquela decisão não seja imutável para si, mas jamais conseguirá que a ordem para o *recall* não lhe atinja, ou que dela não fique ele sabendo.

Não pode, pois, ser considerado óbice à concessão de outros provimentos além do condenatório para a proteção de direitos individuais homogêneos o fato de que eles deveriam sempre permitir que o titular do interesse se esquive do efeito do provimento coletivo. Poderá, então, alguém sustentar que somente a via condenatória é cabível por uma questão estritamente vinculada à ausência de previsão legal de outros instrumentos. Novamente, porém, este obstáculo não existe.

Inicialmente, cabe lembrar que a tutela coletiva (quer a relativa a direitos coletivos, quer a concernente a direitos individuais de massa) tem origem constitucional, em regras inúmeras, coroadas na cláusula que concebe a garantia do acesso à Justiça (art. 5.º, XXXV, da CF). Tem, de fato, a doutrina considerado que a garantia de que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" não pode ser interpretada exclusivamente em seu sentido literal. Ao contrário, revela a intenção de que se oferte, àquele que se diz titular de um direito, mecanismos adequados de proteção, ou seja, meios de tutela efetivamente predispostos e consentâneos para a realidade do direito material específico.[9] Efetivamente, quando se diz que a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário nenhuma lesão ou a ameaça a lesão de direito, não se pode pretender interpretar esta regra da maneira simplista, com o sentido de que a vedação limita-se à previsão de regras que impeçam ao jurisdicionado, *diretamente*, queixar-se perante a Justiça brasileira. Isto porque seria muito fácil burlar esta regra (se tivesse apenas este sentido), prevendo expedientes que, embora não impedissem o acesso ao Judiciário, tornariam isto muito difícil, custoso ou demorado. Indubitavelmente, estas regras também impedem, ainda que de forma *indireta*, o acesso à Justiça, na medida em que tornam isto *praticamente* impossível (ainda que em tese viável).

A negativa de acesso à Justiça – e a violação do princípio constitucional em exame –, pois, pode ocorrer tanto de forma direta como indireta. Limitar-se a interpretação do dispositivo apenas aos obstáculos diretamente postos à solução jurisdicional das ameaças ou violações a direitos seria dar entendimento por demais pobre a tão relevante garantia constitucional.[10] Ainda que a jurisprudência do STF se tenha orientado apenas em garantir

o cidadão contra os obstáculos diretos,[11] é certo que as restrições indiretas ao acesso à Justiça constituem forma de violação da garantia apresentada pelo art. 5.º, XXXV, da CF, e de modo muito mais sórdido, porque sub-reptício.[12]

Posto isto, tem-se na regra do art. 5.º, XXXV, da CF (bem como em seu art. 3.º), a previsão abstrata que garante a proteção dos interesses de massa.[13] Ao lado destas previsões genéricas, é de se reconhecer no Texto Constitucional também referências explícitas a diversos direitos coletivos e individuais de massa, como ocorre com o direito ao meio ambiente (art. 225), o direito à educação (art. 205) e a tutela do consumidor (art. 170, V).

Muito mais importante do que isto, porém, é a constatação de que, além de impedir que o Estado crie óbices à tutela dos direitos reconhecidos, a garantia em comento exige a concepção de instrumentos hábeis a lidar, *de maneira completa*, com estes interesses. Tratando de direitos fundamentais, perante o direito português, esclarece a propósito JORGE MIRANDA que "este preceito não se limita, de resto, a impedir negativamente restrições, discriminações ou requisitos que tolham o acesso a tribunal. Mais do que isso, para que a justiça não possa ser denegada 'por insuficiência de meios económicos', ele impõe outrossim ao Estado positivamente que crie condições para que todas as pessoas singulares e colectivas tenham possibilidade efectiva de defender os seus direitos e interesses em tribunal".[14]

Se assim é, torna-se claro que, ao prever e garantir os direitos coletivos e individuais de massa, implicitamente a Constituição Federal exigiu do legislador ordinário o desenvolvimento de mecanismos *eficientes* de proteção destes interesses. Tivesse o legislador restringido a proteção conferida aos interesses de massa exclusivamente à via ressarcitória subsequente, estaria ele violando a delegação conferida pelo constituinte, impondo-se a conclusão da inconstitucionalidade da legislação infraconstitucional. Entretanto, é de se ver que não há, no direito brasileiro, negativa formal de tutelas outras (que não a condenatória) para os direitos individuais homogêneos. Em vista deste dado, e impondo-se uma interpretação sistemática do direito nacional, à luz dos princípios constitucionais, cabe a conclusão de que, se não estão proibidas outras modalidades de tutela, elas estão permitidas, cabendo para a proteção dos interesses individuais de massa *qualquer forma de tutela, preventiva ou repressiva*, admissível pelo direito brasileiro.

No plano infraconstitucional, também é possível deduzir que não há o empecilho apontado pela doutrina para a tutela dos direitos individuais homogêneos por outra modalidade que não a via condenatória ressarcitória. Basta pensar nos diversos diplomas que estabelecem, expressamente, ações para a proteção destes direitos de massa, com conteúdo mandamental ou executivo *lato sensu*.

Assim é que, apenas para exemplificar, prevê o art. 1.º da Lei 7.913/1989 (a respeito da ação civil pública de proteção dos investidores em mercado de valores mobiliários) que "sem prejuízo da ação de indenização do prejudicado, o Ministério Público, de ofício ou por

solicitação da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, adotará as medidas judiciais necessárias para evitar ou obter ressarcimento de danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores do mercado, (...)". Indiscutivelmente, trata-se de direito individual homogêneo, na medida em que se protege aqui o interesse dos investidores do mercado. Ao lado da proteção ressarcitória comum, estabelece o dispositivo a proteção *a priori*, por meio de outras formas de tutela (inibitória, reintegratória ou do adimplemento), a demonstrar que o direito brasileiro admite a guarida destes interesses sob outros mantos que não apenas o condenatório.

Da mesma forma, o próprio Código de Defesa do Consumidor possui expressa previsão no sentido de admitir a tutela inibitória em relação a direitos individuais homogêneos. Trata-se do estabelecido no art. 102 deste Código, a dizer que "os legitimados a agir na forma deste Código poderão propor ação visando compelir o Poder Público competente a proibir, em todo território nacional, a produção, divulgação, distribuição ou venda, ou a determinar alteração na composição, estrutura, fórmula ou acondicionamento de produto, cujo uso ou consumo regular se revele nocivo ou perigoso à saúde pública e à incolumidade pessoal". Novamente, observa-se aqui a admissão, no seio do próprio Código de Defesa do Consumidor, de uma ação que tutela, a par de direitos difusos (saúde pública), interesses individuais homogêneos (incolumidade pessoal), admitindo eficácias mandamental e executiva *lato sensu*.

Especificamente no que respeita aos direitos dos consumidores, poder-se-ia argumentar ainda, em favor da tese da ampliação do espectro de mecanismos de proteção para além da tutela condenatória ressarcitória, com o disposto no art. 83 do CDC. Segundo este dispositivo, "para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela". Informada esta previsão pelo princípio insculpido no art. 6.º, VI, da mesma Lei – que reconhece, como direito fundamental do consumidor, "a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos" –, torna-se inelutável a conclusão de que este Código também reconhece, para direitos individuais homogêneos, a tutela preventiva ou qualquer outra, que se mostre adequada para a situação específica que se visa a proteger.[15]

Ainda no plano da legislação que suporta a conclusão aqui defendida, merece menção a previsão do art. 21 da LACP, que estabelece que "aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor". Ora, o art. 83 acima referido está localizado, precisamente, no Título III, do Código de Defesa do Consumidor; e, se ele também se aplica à tutela dos direitos individuais (não exclusivamente vinculados a relações de consumo), mais uma vez é pertinente a conclusão de que é possível a proteção por outras vias que não apenas a condenatória, para a tutela de direitos individuais homogêneos.

Por fim, dois argumentos de ordem estritamente pragmática devem ser apontados para

apoiar a conclusão aqui defendida.

De um lado, não se justificaria, sob nenhum aspecto, a restrição pretendida pela doutrina se semelhante restrição não existisse (como de fato não existe) para a tutela individual do interesse pessoal. Realmente, é hoje pacífico que a proteção do interesse individual, pelo seu titular específico, não está restrita ao campo condenatório e ressarcitório. Se, pois, este impedimento não existe para a proteção individualizada deste interesse, nenhuma razão haveria para colocá-lo no caso de a tutela oferecida dar-se de forma coletiva.

Por outro lado, não se deve perder de vista que o direito (especialmente o processual) deve pautar-se por critérios de bom-senso. Ora, se o direito subjetivo foi reconhecido, merece ele suficiente e integral proteção, que não se limita (nem se exaure) no ressarcimento à sua lesão. Haverá múltiplas situações em que a proteção pela via condenatória (apenas) se mostrará manifestamente inútil para a proteção dos interesses individuais homogêneos. Apenas como exemplo, pode-se mencionar os casos em que o dano, embora individualmente ínfimo, tenha proporções globais imensos. É claro que, nesse caso, do ponto de vista individual, a tutela não terá o menor interesse. Porém, observado do prisma coletivo, a lesão merece severa reprimenda. Também se pode cogitar da situação em que o interesse primordial seja a prevenção da ocorrência da violação aos interesses individuais homogêneos. Se somente é admissível a via ressarcitória, então ter-se-ia de convir que ou o indivíduo age de forma isolada – com todos os percalços que isso gera para o acúmulo de demandas judiciais repetidas – ou se deve aguardar a violação ao direito para que seja admissível sua proteção.

Não há, portanto, sob nenhum ponto de vista, qualquer argumento que legitime a limitação da tutela dos direitos individuais homogêneos apenas ao provimento condenatório genérico. Para sua proteção, assim, deve-se admitir o emprego de qualquer forma de tutela, na esteia do que já preconiza o art. 83 do CDC.

5.2. Procedimento da ação ressarcitória de danos a direitos individuais homogêneos

De toda sorte, em relação à demanda descrita no art. 91 e ss. do CDC, há peculiaridades que devem ser examinadas.

Inicialmente, no que respeita à competência, incide indubitavelmente a regra especial do art. 93 do CDC.[16] Afirma-se que, *ressalvada a competência da Justiça federal*, é competente para a causa a Justiça local: (i) no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local; e (ii) no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente. Nesse campo, portanto, é certo que há, em relação a danos de âmbito regional e nacional, um foro determinado para a propositura da ação (capital do Estado ou Distrito Federal).

Frise-se que a condenação, no caso da ação que neste momento nos interessa, poderá ser genérica, *resultando apenas na fixação do dever de indenizar, sem, contudo, especificar o montante devido a cada vítima do prejuízo*. Como se viu, esta não é a única tutela viável nesse campo, de modo que se deve interpretar o contido no art. 95 do CDC, como apenas *mais um mecanismo de tutela posto à disposição da proteção desses interesses*, sem, contudo, vedar outros instrumentos.[17]

Dessa forma, a lei contempla a possibilidade de uma ação coletiva com o exclusivo intuito de "condenação genérica", a ser proposta por qualquer dos legitimados estabelecidos no art. 82 do CDC.

Iniciada a ação, deve ser publicado edital no órgão oficial, para que os interessados – indivíduos lesados em seus interesses pelo ato inquinado – integrem a ação, na condição de litisconsortes, para a defesa de seus interesses. Não se pode esquecer que esta ação visa à proteção de direitos individuais e que, por isso, não pode excluir a participação de seus titulares.

No mais, a ação respeitará os preceitos contidos no Código de Processo Civil, a propósito do procedimento comum, ou então do procedimento especial adequado para a pretensão deduzida, devendo-se atentar para a diversidade de prazos, na hipótese de formação de litisconsórcio (seja entre legitimados coletivos, seja com os titulares individuais dos direitos postulados), nos termos do art. 229 do CPC.

5.3. Sentença de condenação genérica

Como se viu anteriormente, a tutela coletiva de interesses individuais homogêneos admite qualquer forma de proteção. E, dentre os instrumentos de condenação, a lei regula uma forma especial, que é a sentença de condenação genérica. A medida é prevista no art. 95, do CDC, e se aparta do regime tradicional da sentença condenatória, por: *a)* criar uma modalidade nova de sentença de condenação genérica; e *b)* admitir a cisão do procedimento em duas fases, sendo a primeira coletiva (para o reconhecimento da obrigação) e a segunda individual (para a apuração do específico *quantum* devido a cada vítima.

Frise-se que essa figura constitui *apenas mais uma técnica posta à disposição da tutela coletiva de interesses individuais*. Nada impede, portanto, que o magistrado opte por outras técnicas, seja a condenação individualizada, seja a imposição da reparação específica do dano, seja ainda outra forma qualquer de proteção que seja adequada ao caso concreto.

Fixada essa premissa, vê-se que esta sentença será genérica, porque se limitará a fixar o *an debeatur*, ou seja, o dever de indenizar. Tal sentença condenatória genérica cingir-se-á a delimitar a responsabilidade ou não pelos danos experimentados pelas vítimas do fato ilícito (dever de indenizar), sem, todavia, apresentar a extensão dessa

responsabilidade.

Em consequência, a atuação do magistrado, na ação de condenação genérica, estará adstrita a fixar se o réu é ou não responsável pelo dano que a ele é atribuído, impondo, em caso afirmativo, o dever de indenizar. Isso, porém, não significa dizer que a sentença nessa ação desobedece às determinações do art. 492, parágrafo único, do CPC, no sentido de que a sentença deve ser certa. Essa sentença é evidentemente certa, embora de condenação genérica, porque fixa claramente os direitos e obrigações decorrentes do fato deduzido em juízo. Trata-se, portanto, de sentença *certa*, embora *ilíquida*.

Dessa sentença caberá o recurso de apelação, da mesma forma que ocorre no processo tradicional. Em face da complementaridade existente entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública, é de se entender que essa apelação também não tem, *ex lege*, efeito suspensivo. Poderá, porém, o magistrado outorgar, para evitar irreparável dano à parte, efeito suspensivo ao recurso, nos termos do que estabelece o art. 14 da Lei 7.347/1985.

No mais, quanto aos recursos cabíveis, não há peculiaridades no processo coletivo, de modo que serão aplicáveis aqui as regras gerais do processo comum. Destaque-se, porém, que decisões recentes do STJ vêm entendendo pela sujeição, da sentença de improcedência de ações coletivas, ao reexame necessário, à vista da relevância dos direitos aqui discutidos e em analogia ao regime da ação popular.[18]

5.4. Liquidação

Obtida a sentença de condenação genérica, será necessário determinar especificamente o montante da indenização devida. Isso se fará por meio de liquidação que, todavia, seguirá particularidades próprias, determinadas pela peculiaridade do objeto. Tratando-se de direito individual, dá-se preferência para a liquidação (e para todo o restante do procedimento, até a satisfação integral da vítima) ao interessado individual, titular do direito pleiteado e reconhecido.

Conforme prevê o art. 97 do CDC, tanto poderão promover a liquidação os legitimados do art. 82, como as vítimas específicas do dano ou seus sucessores. Se, porém, estes se adiantarem no requerimento de liquidação, fica subtraída a legitimidade dos entes coletivos, haja vista o exercício da pretensão diretamente pelos titulares do interesse.

Na liquidação, o autor – a vítima ou seu sucessor, ou ainda o legitimado coletivo – deve provar que, em vista da responsabilidade do réu (já reconhecida), há direito à indenização. Além do dano e da relação de causalidade, deverá ficar provado o *quantum*. É preciso, pois, que a vítima demonstre que sua situação subsume-se à hipótese reconhecida em sentença, como autorizadora da responsabilidade do réu.

Para esse fim, cria-se praticamente novo processo (chamado por muitos de ação de

cumprimento), em que se abre novo contraditório, não para demonstrar a responsabilidade do réu sobre o fato danoso, mas para estabelecer o direito de indenização àquele que se apresenta como vítima do fato.

A atuação do ente coletivo nessa demanda é nitidamente caso de representação processual (estabelecida em lei), em que agirá na proteção específica do interesse do particular, cujo nome e identificação devem estar expressamente consignados nos autos. Haverá, então, litisconsórcio ativo na demanda, com representação pelo ente coletivo.[19]

Isso, porém, não se aplica à liquidação prevista no art. 100 do CDC, que dispõe que, decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e a execução da indenização devida. Essa indenização tem outra destinação, pois vai para o fundo de que trata a Lei 7.347/1985. Nas hipóteses de danos individualmente insignificantes, porém ponderáveis no seu conjunto (por exemplo: venda de produto cujo peso não corresponda ao determinado no rótulo da embalagem), poderá não existir interesse das vítimas na habilitação. Para situações como esta é que se pensou em uma "indenização fluida", destinada a permitir ao "fundo" a proteção de bens e valores da coletividade lesada.

É de se sublinhar, outrossim, que o prazo fixado no art. 100 do CDC não constitui prazo prescricional para a liquidação. Trata-se de prazo para a execução coletiva, com direcionamento do produto ao fundo de que trata a Lei da Ação Civil Pública (*fluid recovery*). O prazo para a liquidação, ao contrário, deve ser encontrado nas regras de direito material, conforme a prescrição da pretensão material à recuperação do prejuízo experimentado.[20]

5.5. Execução

Tal como acontece com a liquidação, a execução da tutela coletiva que trata de direitos individuais homogêneos pode ser *individual ou coletiva*.[21]

A execução individual também pode ser realizada por ente coletivo, mediante representação (estabelecida em lei). Esta é admitida para abranger as vítimas cujas indenizações já tiverem sido fixadas em sentença de liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções. Nesse caso, o ente coletivo agirá em nome da vítima, postulando em seu nome e em seu benefício, visando entregar para este o benefício resultante da execução, como se fora a própria vítima demandando em juízo.[22]

A execução individual – promovida pela vítima pessoalmente, ou representada pelo ente coletivo – deve ter por título a certidão da(s) sentença(s) de liquidação, na qual constará o trânsito em julgado ou não desta.

Será competente para essa execução (individual) o juízo da liquidação do dano (art. 98,

§ 2.º, I, do CDC), que pode ou não corresponder ao juízo da ação de condenação genérica. Trata-se, todavia, de competência relativa, sendo sempre viável afastar essa regra, quando benéfico para a vítima. A execução será processada pela via normal das execuções, obedecendo, quando for possível, ao procedimento previsto para o cumprimento de sentença, estabelecido no Código de Processo Civil (art. 523 e ss.).

Ao lado da execução individual, porém, existe ainda a possibilidade de execução coletiva, submetida ao regime da chamada *fluid recovery*. Haverá hipóteses em que o prejuízo sofrido por cada indivíduo isoladamente será irrelevante. Não obstante, pode ser que, tomado no conjunto, o valor global do montante seja absolutamente relevante. Nessas situações certamente não haverá interesse das vítimas em pleitear indenização na forma individual, diante da pequenez do prejuízo. Assim, em situações em que, decorrido largo período de tempo, sem que se habilitem vítimas em número suficiente com a gravidade do dano, surgirá a ocasião para a execução coletiva, já que demonstrada a falta de interesse das vítimas na execução individual. Conforme prevê o art. 100 do CDC, passado o prazo de um ano, sem que haja a habilitação suficiente de vítimas – a ponto de mostrar-se adequado ao volume e gravidade do dano causado –, terão os legitimados do art. 82 do CDC legitimidade para propor execução coletiva do julgado, cujo produto reverterá, não mais em benefício das vítimas do fato, mas em favor do fundo concebido pelo art. 13 da Lei 7.347/1985.

Essa execução será promovida no juízo da ação de condenação genérica (art. 98, § 2.º, II, do CDC), e obedecerá, em linhas gerais, aos critérios fixados para o cumprimento de sentença determinados no Código de Processo Civil (arts. 523 e ss.).

Naturalmente, diante de uma mesma ação coletiva, podem coexistir execuções individuais e execução coletiva, quando algumas das vítimas tenham proposto a execução individual, para satisfação de seus interesses exclusivos, mas não de modo suficiente a abarcar a real dimensão do dano ocorrido. Neste caso, evidentemente, a execução coletiva não retira a possibilidade da execução individual, nem o produto desta última reverterá para o patrimônio do fundo. Ao contrário, sempre terá preferência a execução individual sobre a coletiva, devendo as vítimas receber as indenizações antes da canalização da importância recuperada para o fundo coletivo (art. 99 do CDC). A destinação da importância arrecadada para o fundo coletivo, portanto, será meramente residual, após a satisfação de todos os interesses individuais deduzidos em relação à lesão de massa verificada.

5.6. Ação coletiva inibitória contra o uso de cláusulas gerais abusivas

Com a sociedade de consumo surge a necessidade de contratação em massa e, assim, a padronização dos contratos, indispensável para a economia de custos e para a agilização do comércio jurídico. Essa modalidade de contratação se dá através de formulários com cláusulas preestabelecidas, que não são efetivamente discutidas.

Trata-se de contratação que é feita por adesão. O art. 54, *caput*, do CDC, define como contrato de adesão "aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo".

Não se pode separar o contrato de adesão, na implementação da contratação em massa, das chamadas cláusulas gerais dos contratos, que têm sido amplamente utilizadas nos contratos bancários, de seguros, de planos de saúde, de consórcios etc. Essas cláusulas, que também têm os atributos do preestabelecimento, unilateralidade da estipulação, uniformidade e rigidez, são marcadas pela "abstração", o que significa que têm por fim permitir que qualquer pessoa possa a elas aderir, de modo que a contratação se dê realmente em larga escala.[23]

Não há dúvida de que estas cláusulas, por serem preestabelecidas pelo estipulante para que o consumidor (a parte mais fraca da relação contratual) as aceite sem qualquer discussão, podem ser abusivas e, portanto, lesivas a seus direitos.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 51, teve o cuidado de enumerar uma série de cláusulas abusivas, submetendo-as ao regime da nulidade de pleno direito. Trata-se, contudo, de rol não exaustivo, não só porque o art. 51, *caput*, alude a outras cláusulas que podem ser abusivas, como também porque o inc. XV desse artigo fala expressamente em cláusulas que "estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor".[24]

De acordo com o art. 6.º, IV, do CDC, constitui direito do consumidor a proteção contra "práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços". O mesmo artigo, em seu inc. VI, afirma que é direito do consumidor "a *efetiva prevenção* e reparação de danos patrimoniais e morais, *individuais, coletivos e difusos*".

Se é certo que o consumidor tem o direito de ser protegido contra "cláusulas abusivas", e se não há dúvida de que ele também tem o direito à tutela preventiva, é difícil compreender a razão pela qual o parágrafo único do art. 83 do CDC foi vetado. Esse parágrafo admitia, expressamente, "ação visando o controle abstrato e *preventivo* das cláusulas contratuais gerais".

Esse veto, contudo, evidentemente não tem o condão de eliminar a necessidade e a possibilidade de uma tutela que impeça a difusão de cláusulas gerais abusivas. Lembre-se que os contratos de adesão dizem respeito, em regra, a produtos e serviços essenciais, o que lhes confere ampla relevância social. Pensemos, por exemplo, nos "planos de saúde", aos quais, em face da falência seguridade social, o consumidor é praticamente obrigado a aderir. Não tem cabimento supor que o consumidor, necessitando efetuar um plano de saúde, um seguro, ou movimentar uma conta bancária, tenha que se submeter a uma cláusula abusiva para apenas depois ter a oportunidade de discuti-la em juízo. É obvio que a tutela repressiva não é adequada a esses casos.

Não é muito eficaz tutelar o consumidor após a celebração dos contratos, já que nessa hipótese o direito já terá sido violado. Além disso, a abusividade pode fazer com que o consumidor, que necessita satisfazer um interesse que não pode ser atendido de outro modo, seja obrigado a aceitar calado a impossibilidade de usufruir de produtos e serviços essenciais para sua vida.

Como se vê, pouco adianta tratar das cláusulas abusivas sem se pensar em uma ação coletiva inibitória capaz de impedir sua difusão. *Os arts. 83 e 84 do CDC, iluminados pela ideia de que o consumidor tem o direito de ser protegido, através de ação inibitória (art. 5.º, XXXII, da CF e art. 6.º, VI, do CDC), contra o uso de cláusulas gerais abusivas (art. 6.º, IV, do CDC), permitem que se diga que os legitimados à ação coletiva (art. 82 do CDC) podem propor ação coletiva inibitória para impedir a difusão de cláusulas gerais abusivas.*

A sentença de procedência e a tutela antecipatória, nessa ação, terão natureza mandamental, pois ordenarão que o demandado não utilize a cláusula sob pena de multa – com base no art. 84, §§ 3.º e 4.º, do CDC. A multa, que constitui mecanismo executivo imprescindível à efetividade dessa modalidade de tutela inibitória, deve considerar a capacidade econômica do réu, uma vez que somente tem razão de ser quando fixada em valor capaz de constranger o demandado a observar o conteúdo da decisão.

Por outro lado, é importante frisar que a sentença de procedência estende os seus efeitos a todos os consumidores – que poderão invocá-la em face dos eventuais conflitos que surgirem. Ou seja, o demandado não mais poderá utilizar a cláusula diante de qualquer consumidor atingido pelos efeitos da sentença de procedência. Caso o réu ameace utilizá-la, o legitimado coletivo, ou o próprio consumidor envolvido, podem pedir ao juiz que proferiu a sentença o aumento do valor da multa e a expedição de nova ordem de não fazer.

[1] Ora, se tais direitos podem ser protegidos por meio de uma ação coletiva de condenação genérica (que visa conceder aos lesados uma tutela ressarcitória pelo equivalente em pecúnia), não é possível dizer que tais direitos não precisem de outras formas de tutela, principalmente a tutela inibitória e a tutela ressarcitória na forma específica (prestadas por meio da sentença mandamental). Sobre isto v. LUIZ GUILHERME MARINONI, *Tutela específica*, cit., p. 174 e ss.

[2] Cf. ADA PELLEGRINI GRINOVER, O novo processo do consumidor, *RePro* 62/142.

[3] V., por todos, TEORI ALBINO ZAVASCKI (Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos, *RePro* 78/42) que sustenta que "o Título III desse Código [*alude ele ao Código de Defesa do Consumidor*], que trata 'da defesa do consumidor em juízo', estabelece distinções importantes entre a configuração processual da defesa dos direitos coletivos e difusos dos consumidores e da defesa dos seus direitos individuais. Para esse último caso, há regras específicas, em capítulo próprio. Os entes legitimados, elencados no art. 82, embora comuns, têm, quando em defesa de direitos individuais, limitações maiores que quando demandam por direitos coletivos e difusos. Em suma, os regimes são diferentes e suas diferenças merecem consideração do intérprete".

[4] V., por todos, SÉRGIO CRUZ ARENHART, *Perfis da tutela inibitória coletiva*, p. 163 e ss., cujo pensamento é aqui reproduzido.

[5]

TEORI ALBINO ZAVASCKI, Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos, cit., p. 43.

[6]

Note-se que aqui se está tratando dos efeitos do provimento, e não do problema da imutabilidade com que estes efeitos se operam em relação a alguém, tema atinente à coisa julgada. Ainda que se possa dizer que o efeito (de certificação ou de constituição) não incida de forma indiscutível, é inegável que ele incide para todos ou para ninguém, de forma imprevisível.

[7]

Imagine-se uma ordem que determine, em conta da proteção ao interesse individual de cada consumidor, que um produto seja vendido em suas dimensões antigas, ou com um aviso que aponte para seu novo peso etc.

[8]

Neste sentido, ADA PELLEGRINI GRINOVER *et alii*, *Código brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 542 e, especialmente, 543, onde se lê, *verbis*: "Esclareça-se, inicialmente, que a matéria regulada a partir do art. 91 não esgota todo o repertório dos processos coletivos em defesa de interesses individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, III, do CDC). É perfeitamente possível que a ação tendente à tutela desses interesses objetive a condenação à obrigação de fazer ou não fazer, ou que seja de índole meramente declaratória ou constitutiva, tudo consoante disposto no art. 83 do CDC".

[9]

V., a respeito, o capítulo anterior. Segundo Barbosa Moreira, "a quem tenha consciência da função social do processo forçosamente se põe como questão de capital relevância a da efetividade da tutela jurisdicional. Desde que o Estado proibiu a justiça de mão própria e chamou a si, com exclusividade, a tarefa de assegurar o império da ordem jurídica, assumiu para com todos e cada um de nós o grave compromisso de tornar realidade a disciplina das relações intersubjetivas prevista nas normas por ele mesmo editadas. (…) o processo avizinha-se do *optimum* na proporção em que tende a fazer coincidir a situação concreta com a situação abstrata prevista na regra jurídica material; e afasta-se progressiva e perigosamente desse ideal na medida em que o resultado na verdade obtido difere daquele que se obteria caso os preceitos legais fossem observados de modo espontâneo e perfeito pelos membros da comunidade. Semelhante distância entre o direito substantivo e o seu Ersatz é o traço mais dramático da aventura processual; e eliminá-la, ou quando menos encurtá-la, a angústia constante de quantos se preocupam em evitar que a epopeia se resolva ingloriamente numa *journée des dupes*" (JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, Tutela sancionatória e tutela preventiva, *Temas de direito processual,* p. 21-22).

[10]

De fato, "não basta, porém, afirmar a constitucionalização do direito de ação para que esse seja efetivamente assegurado. Uma evolução adequada do sistema de distribuição de justiça equivaleria à predisposição de procedimentos adequados à tutela dos novos direitos. A inércia do legislador – ao menos para desenhar procedimentos adequados às novas situações carentes de tutela – conduz a uma interessante e generosa posição doutrinária: a do direito à adequada tutela jurisdicional" (LUIZ GUILHERME MARINONI, *Novas linhas do processo civil*, p. 203-204). Por isso, "o princípio da inafastabilidade garante a tutela adequada à realidade de direito material, ou seja, garante o procedimento, a espécie de cognição, a natureza do provimento e os meios executórios adequados às peculiaridades da situação de direito substancial" (idem, p. 204).

[11]

V.g., *RTJ* 147/251. Ainda espelhando este entendimento, é conhecida a opinião do STF a respeito das leis que proíbem a concessão de liminares em certos casos, como foi o do Plano Collor (v. o exame do pedido de liminar na ADIn 223-6, *DJU* 29.06.1990).

[12]

Neste sentido, v. CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA MARTINS, *Comentários à Constituição do Brasil*, vol. 2, p. 174; Álvaro Érix Ferreira, Garantia constitucional de acesso à tutela jurisdicional*, RT* 659/40 e ss.; JOSÉ AUGUSTO DELGADO, A tutela do processo na Constituição de 1988, *RePro* 55/94 e ss.; FRANCISCO BARROS DIAS, Inconstitucionalidade das normas impeditivas de liminares*, RePro* 59/125 e ss.; WILSON ALVES DE SOUZA, Normas proibitivas de concessão de liminares: inconstitucionalidade, *RePro* 66/104 e ss.

[13]

A respeito, assinala DYRCEU AGUIAR DIAS CINTRA JUNIOR que "o problema tem uma dimensão ideológica e diz respeito à efetivação dos direitos formalmente garantidos na Constituição Federal e em outras leis, numa perspectiva de transformação da sociedade. Afinal, o art. 3.º da CF afirma constituir objetivo fundamental da República: 'construir uma sociedade livre, justa e solidária', 'erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais', 'promover o bem de todos'" (Interesses metaindividuais, questão de acesso à Justiça, *RT* 676/45). E, em

conclusão, acentua o mesmo autor que “a verdade é que, se tais direitos não têm merecido prevalência nem mesmo quando postos em confronto com disposições legais que reduzem a nada sua efetividade pode-se imaginar a perplexidade em que se queda o sistema jurisdicional quando aqueles são por si mesmos pleiteados” (idem, p. 45).

14

JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, t. IV, p. 244.

15

Neste sentido, também é a conclusão de KAZUO WATANABE, ponderando, sobre a regra em comento, que “não se trata de mera enunciação de um princípio vazio e inócuo, de um programa a ser posto em prática por meio de outras normas legais. Cuida-se, ao revés, de norma autoaplicável, no sentido de que dele se podem extrair desde logo várias consequências. A primeira delas, certamente, é a realização processual dos direitos na exata conformidade do clássico princípio chiovendiano, segundo o qual ‘o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e somente aquilo que ele tenha direito de conseguir’. A segunda, que é consectária da anterior, é a da interpretação do sistema processual pátrio de modo a dele retirar a conclusão de que nele existe, sempre, uma ação capaz de propiciar, pela adequação de seu provimento, a tutela efetiva e completa de todos os direitos dos consumidores” (ADA PELLEGRINI GRINOVER *et alii*, *Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 521-522).

16

Como se viu anteriormente, essa regra também deve incidir para a tutela dos direitos difusos e coletivos, porém sua aplicação nesse campo é ainda hoje controvertida.

17

Por isso, não estão proibidas, aqui, sentenças líquidas (que fixem um valor específico para a indenização de cada vítima) ou sentenças de outras naturezas, como executivas ou mandamentais. Ao contrário, essas medidas devem até mesmo ser tidas como preferenciais, especialmente porque mais aptas a gerar o resultado específico desejado pela pretensão deduzida.

18

STJ, AgRg no REsp 1.219.033/RJ, 2.ª T., rel. Min. Herman Benjamin. *DJe* 25.04.2011; STJ, REsp 1.108.542/SC, 2.ª T., rel. Min. Castro Meira, *DJe* 29.05.2009.

19

Assim, TEORI ALBINO ZAVASCKI, Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos, cit., p. 44. Todavia, decidiu o STF que, em relação aos sindicatos, sua atuação em ações coletivas se dá na condição de *substituto processual*, dispensando-se, então, qualquer autorização dos substituídos, em razão do que dispõe o art. 8.º, III, da CF (STF, RE 210.029-3/RS, Pleno, rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa, *DJU* 17.08.2007).

20

ADA PELLEGRINI GRINOVER *et alii*, *Código brasileiro de Defesa do Consumidor (comentado pelos autores do anteprojeto)*, cit., p. 786-787.

21

Sobre o tema, v. SÉRGIO CRUZ ARENHART, A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia, in: Ada Pellegrini Grinover; Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; Kazuo Watanabe (coord.), *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*, p. 216 e ss.

22

“Processo civil. Administrativo. Servidor público federal. Ação coletiva. Sindicato. Legitimidade para executar a sentença. Precedentes. Recurso especial conhecido e provido. 1. O STJ já decidiu no sentido de reconhecer a legitimidade do ente sindical para promover a liquidação e execução de sentença proferida em ação coletiva visando a defesa de interesses individuais homogêneos. 2. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, REsp 605.331/RS, 5.ª T., rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJU* 03.10.2005).

23

NELSON NERY JR., *Código brasileiro de Defesa do Consumidor (comentado pelos autores do anteprojeto)*, p. 291.

24

CLAUDIA LIMA MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 296.

PARTE VI - AÇÃO CIVIL PÚBLICA

(Autores)

Luiz Guilherme Marinoni

Sérgio Cruz Arenhart

Daniel Mitidiero

1. Filosofia das ações coletivas

A sociedade moderna caracteriza-se por uma profunda alteração no quadro dos direitos e na sua forma de atuação. De um lado, verifica-se a alteração substancial no perfil dos direitos desde sempre conhecidos, que assumem contornos completamente novos (basta pensar na função social do direito de propriedade, na publicização do direito privado e na privatização do direito público) e, de outro, a ampliação do próprio rol dos direitos, reconhecendo-se direitos tipicamente vinculados à sociedade de consumo e à economia de massa, padronizada e globalizada. Estes últimos costumam ser tratados como *direitos de terceira geração,* os quais são ditos de solidariedade e caracterizados por sua "transindividualidade", pertencendo não mais apenas ao indivíduo, considerado como tal, mas sim a toda a coletividade (por exemplo, o direito ao meio ambiente saudável e os direitos dos consumidores).

O surgimento dessa nova categoria de direitos exigiu que o processo civil fosse remodelado para atender adequadamente às necessidades da sociedade contemporânea.

Além da necessidade de um processo civil que pudesse dar conta de direitos transindividuais, percebeu-se que ele também deveria voltar-se aos direitos que podem ser lesados em face dos conflitos próprios à sociedade de massa. A sociedade moderna abre oportunidade a situações em que determinadas atividades podem trazer prejuízo aos interesses de grande número de pessoas, fazendo surgir problemas ignorados nas demandas individuais.[1] O risco de tais lesões, que afetam simultaneamente inúmeros indivíduos ou categorias inteiras de pessoas, constitui fenômeno cada vez mais amplo e frequente na sociedade contemporânea.[2] Ora, se a sociedade atual é caracterizada por ser de produção e consumo de massa, é natural que passem a surgir conflitos de massa e que os processualistas estejam cada vez mais preocupados em configurar um adequado "processo civil coletivo" para tutelar os conflitos emergentes.[3]

Esse "processo", embora fundamental, é bastante complexo.[4] Em primeiro lugar porque, tratando-se de direitos transindividuais, a legitimação para a causa, tradicionalmente fundada na "titularidade" do direito invocado, deve ser pensada de forma diversa, uma vez que, como é óbvio, não é possível dizer que uma pessoa determinada é "titular" do direito à higidez do meio ambiente (por exemplo), o que também exige uma outra maneira de se compreender a coisa julgada material, pois a eventual sentença de tutela desses direitos certamente beneficiará a coletividade, e não mais ficará limitada, como acontece em demandas individuais, aos "titulares" do direito em litígio. É de se observar, ainda, que no caso de lesões em massa, a lesão patrimonial sofrida por todos os indivíduos da coletividade é, em regra, pequena, podendo não justificar, em certa perspectiva (tempo, despesas com advogado e custas processuais), a busca do Poder Judiciário. Isso pela razão de que o processo civil, nessa ótica, seria antieconômico.

Contudo, esses fatores, embora graves, não podem impedir a configuração de efetivo "processo civil coletivo". Assim, é imprescindível que se concebam mecanismos adequados de proteção das situações de direito substancial inerentes à sociedade contemporânea, sob pena de eliminar, do sistema, a própria categoria dos "novos direitos". Assim é que se concebeu, com base nas *class actions* surgidas do direito medieval inglês (em especial, a *bill of peace*), e desenvolvidas no direito norte-americano do século XIX,[5] as chamadas "ações coletivas". Tais ações foram especificamente desenvolvidas para a proteção desses direitos transindividuais, bem como dos direitos individuais que podem ser lesados em massa, contando com várias características próprias, que as fazem radicalmente distintas das ações individuais (e de toda a filosofia que as inspira). É preciso, pois, para bem operar com as ações coletivas, despir-se de velhos preconceitos (ou "pré-conceitos"), evitando recorrer a raciocínios aplicáveis apenas à "tutela individual" para solucionar questões atinentes à "tutela coletiva", que não é, e não pode ser, pensada sob a perspectiva da teoria da "ação individual". Os institutos que presidem essa ação (ao menos em sua grande maioria) são incompatíveis e inaplicáveis à tutela coletiva, simplesmente porque foram concebidos para operar em outro ambiente.

Esse, com efeito, é o grande mal enfrentado pela tutela coletiva no direito brasileiro. Em que pese o fato de o direito nacional estar munido de suficientes instrumentos para a tutela das novas situações de direito substancial, o despreparo para o trato com esses novos e poderosos mecanismos vem, nitidamente, minando o sistema e transformando-o em ente teratológico que flutua no limbo. As demonstrações dessa crise são evidentes, e são mostradas diariamente por meio dos veículos de comunicação, quando se vê o tratamento dispensado às ações coletivas no direito brasileiro. Para impedir o prosseguimento desta visão míope da figura, bem como para permitir a adequada aplicação do instituto, é necessário não se afastar do norte fundamental: o direito transindividual não pode ser confundido com o direito individual, e mesmo este último, diante das peculiaridades da sociedade de massa, merece tratamento diferenciado.

[1] Cf. MAURO CAPPELLETTI, Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile, *Rivista di Diritto*

Processuale, 1975, p. 365 e ss.; VITTORIO DENTI, Le azioni a tutella di interessi colettivi, *Rivista di Diritto Processuale*, 1974, p. 533-550; MASSIMO VILLONE, La collocazione istituzionale dell'interesse diffuso, *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*; LUIZ GUILHERME MARINONI, *Novas linhas do processo civil* cit., p. 86 e ss.

2

MAURO CAPPELLETTI, Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile cit., p. 365.

3

LUIZ GUILHERME MARINONI, *Novas linhas do processo civil,* cit., p. 87.

4

V. MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH, *Acesso à Justiça,* cit., p. 26-28.

5

Sobre a evolução do instituto da *class action*, v. STEPHEN C. YEAZELL, *From medieval group litigation to the modern class action*.

Caso

O Ministério Público ajuizou uma ação civil pública visando à revitalização ambiental de determinado rio, cuja degradação já se prolonga por décadas e atinge diferentes Municípios de um Estado brasileiro. Conforme indicado na petição inicial, a demanda coletiva pretendia a proteção do direito fundamental coletivo ao meio ambiente sadio. Diferentes organizações da sociedade civil da região, inclusive associações de moradores, peticionaram para que, dada a amplitude da degradação ambiental, pudessem participar do processo, expondo seu ponto de vista, seja acerca dos próprios contornos da situação, seja em relação ao desenho de uma possível solução para o problema. O juiz, porém, indeferiu todos esses requerimentos, afirmando que o processo deve ter a participação apenas das partes “propriamente ditas” ou, no máximo, de terceiros nas formas permitidas pelo Código de Processo Civil (“intervenção de terceiros”). O magistrado decidiu adequadamente?

Caso

Um dos legitimados coletivos (art. 82 do CDC) consulta um advogado, questionando se seria possível adotar alguma medida judicial coletiva para proteção de determinada minoria religiosa, cujo direito à liberdade religiosa estaria sendo violado por atos de uma empresa privada. O advogado indicou que isso não seria possível, seja porque não haveria previsão legal específica para proteção coletiva de minorias religiosas, só de outras, seja porque as ações coletivas para proteção de tal direito fundamental seriam viáveis apenas em face do Estado. O parecer está em consonância com o sistema brasileiro de tutela coletiva?

3. Legitimidade para a proteção judicial dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos por meio da ação civil pública

Das considerações feitas até aqui, é possível concluir que uma das mais complexas questões, no que diz respeito às ações coletivas, refere-se à legitimidade para a causa. Seja porque os direitos são transindividuais (não pertencendo a pessoas específicas), seja por estarem os direitos individuais enfeixados em um conjunto (direitos individuais homogêneos), difícil será imaginar uma hipótese de legitimidade ordinária clássica para essas ações, pois não se conseguirá fazer com que o titular do direito seja também titular da ação processual.

Por isso, a lei processual brasileira concebe, para as ações civis públicas, um sistema de legitimação extraordinária,[1] atribuindo a defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos a determinados organismos que, supõe-se, tenham condições de adequadamente protegê-los. O sistema tem, em certa medida, inspiração na disciplina existente para as *class actions for damages* do direito angloamericano, no qual se prevê a chamada "representatividade adequada". Para esse sistema legal, a avaliação da condição de certo(s) autor(es) para representar os interesses de todo o grupo é feita pelo magistrado, caso a caso, conforme expressem efetivamente os interesses da categoria e sejam dignos de agir em nome dela em juízo.[2]

O direito brasileiro seguiu, em parte – mas com inúmeras adaptações, diante da realidade nacional –, a experiência do direito anglo-americano, estabelecendo uma dualidade entre as condições de legitimação. De um lado, buscou efetivamente atender a critério semelhante ao da "representatividade adequada", autorizando a propositura das ações coletivas às associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses específicos (art. 82, IV, do CDC e art. 5.º, V, *a* e *b*, da Lei 7.347/1985). Estabelecidos os critérios da "representatividade adequada" em lei, cumpre ao magistrado avaliar, no caso concreto, o preenchimento de tais condições, outorgando à associação a legitimidade para a postulação do interesse. Eventualmente, como esclarece o art. 82, § 1.º, do CDC (bem assim o art. 5.º, § 4.º, da LACP), poderá o magistrado dispensar o requisito da pré-constituição mínima de um ano, *nas ações para a defesa de direitos individuais homogêneos*, "quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido".[3] *Note-se que, para a defesa destes interesses, não depende a associação de autorização assemblear ou de específica outorga de poderes pelos interessados*.

Além desse ente legitimado, o direito brasileiro confere a entes públicos determinados o poder de exercer a ação coletiva. Seja por representarem, por sua própria natureza, o

interesse público, seja pela estrutura e pelas prerrogativas de que gozam, entende o legislador como conveniente autorizar também a órgãos públicos a defesa desses direitos. Assim, estabelece como legitimados para a ação coletiva: (i) o Ministério Público; (ii) a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; e (iii) as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (art. 82 do CDC).

A Lei 11.448/2007 conferiu ainda legitimidade à *Defensoria Pública* para a ação coletiva, eliminando polêmica existente sobre a extensão das atribuições deste órgão.[4] Frise-se, no entanto, que a legitimação conferida à Defensoria Pública está ligada à sua finalidade essencial, desenhada no art. 134 da CF. Ou seja, a Defensoria Pública poderá ajuizar qualquer ação para a tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos *que tenham repercussão em interesses dos necessitados*. Não será necessário que a ação coletiva se volte à tutela exclusiva dos necessitados, mas sim que a sua solução repercuta diretamente na esfera jurídica dos necessitados, ainda que também possa operar efeitos perante outros sujeitos.

A legitimação de todos esses entes para propor ação coletiva em defesa de quaisquer interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos é concorrente e disjuntiva, vale dizer, independe da participação dos outros. Assim, qualquer um dos legitimados pode, sozinho, intentar ação coletiva para tutela desses interesses, sendo o eventual litisconsórcio formado meramente facultativo.[5] A Lei da Ação Civil Pública, aliás, permite mesmo a formação de litisconsórcio entre os Ministérios Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal (art. 5.º, § 5.º). A figura é inusitada, já que, nos termos do desenho constitucional da instituição, o Ministério Público é entidade una e indivisível (art. 127, § 1.º, da CF). Embora questionável do ponto de vista teórico, a previsão surte efeitos positivos, especialmente porque nem todos os ramos do Ministério Público têm estrutura idêntica, de modo que o litisconsórcio pode contribuir para melhores resultados da demanda coletiva.

Calha tecer, rapidamente, algumas considerações a respeito da orientação jurisprudencial sobre a legitimação do Ministério Público para as ações coletivas. A Constituição Federal prevê, em seu art. 129, III, a atribuição ao Ministério Público para "promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público[6] e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos". Da dicção dessa previsão parece transparecer que o Ministério Público não teria legitimidade para propositura de ações relativas a direitos individuais homogêneos. Assim não é, no entanto. O Ministério Público também é legitimado para as ações atinentes a direitos individuais homogêneos, por expressa previsão do Código de Defesa do Consumidor (art. 82, I) e autorização de sua lei específica (no âmbito federal, art. 6.º, XII, da LC 75/1993). Poderia alguém supor como inconstitucionais essas previsões de lei, por transbordarem os limites fixados na norma constitucional antes apontada (art. 129, III, da CF). Não se deve olvidar, todavia, que a própria Constituição Federal permite a ampliação, por lei, da competência

do Ministério Público, ao estabelecer, em seu art. 129, IX, que também é atribuição desse órgão "exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas". Ora, indubitavelmente, a defesa de interesses individuais homogêneos, porque intimamente relacionada à proteção da ordem jurídica (art. 127, *caput*, da CF), é atribuição harmônica com a finalidade do Ministério Público. Não há, portanto, razão para negar-se a este órgão a legitimidade para a propositura de ações coletivas para a tutela de interesses individuais homogêneos. Não obstante isso, a jurisprudência tem fixado uma limitação à atuação do Ministério Público na tutela de direitos individuais homogêneos, exigindo a presença de relevância social do interesse individual homogêneo a ser defendido por esse órgão. Entende-se que, para que se justifique a intervenção do Ministério Público na defesa de interesses individuais (ainda que homogêneos), é necessário que estes se caracterizem como interesses sociais ou individuais indisponíveis, nos termos do que afirma o art. 127, *caput*, da CF. Não é, assim, qualquer direito individual (ainda que pertencente a várias pessoas) que admite a tutela por via de ação coletiva proposta pelo Ministério Público, mas apenas aqueles caracterizados por sua relevância social ou por seu caráter indisponível.

Entretanto, se é fácil chegar a essa conclusão por uma análise do preceito constitucional mencionado, muito mais difícil é a tarefa de determinar que tipos de direitos (especialmente de massa) possuem ou não a tal "relevância social" exigida pela jurisprudência brasileira. Basta examinar as várias decisões judiciais existentes, para notar que o critério utilizado não é uniforme, nem segue padrões minimamente sólidos. Ao contrário, em razão da fluidez do conceito de "relevância social", é possível dizer que qualquer interesse agrupado o tenha, assim como é defensável a opinião oposta.

De todo modo, a dificuldade nessa determinação constitui um dos grandes obstáculos hoje verificados para o ajuizamento de ações coletivas, especialmente pelo Ministério Público.

Finalmente, parece ainda importante salientar que a análise da legitimação para a ação coletiva, para todos os órgãos, é, como sempre, genérica e abstrata. Por isso, não toma em considerações questões específicas da demanda ajuizada. Porém, para o ajuizamento da demanda, é preciso que o ente legitimado ostente, ainda, interesse específico na pretensão deduzida.

Por isso, mesmo que legitimado para a ação coletiva, o ente deve demonstrar que a proteção buscada se insere dentro de suas finalidades ou ao menos gere reflexos para sua atuação legal ou estatutária. Assim, por exemplo, o Ibama certamente poderá ajuizar demanda coletiva na proteção do meio ambiente, mas dificilmente justificará atuação na proteção de consumidores; já uma secretaria de promoção de direitos humanos, sem dúvida, terá condições de discutir, em ação civil pública, direitos dessa ordem, mas não estará, em regra, habilitado a discutir lesão ao patrimônio público.

Enfim, a avaliação da capacidade específica de atuação de cada ente dependerá de outras circunstâncias que não apenas a ponderação dos dispositivos legais que conferem a legitimação para a tutela coletiva.

[1] O termo “legitimação extraordinária”, assim como o uso ulterior da noção de substituição processual, tem exclusivo fim didático, visando facilitar a compreensão do aluno. Com efeito, conforme já se advertiu anteriormente, não se pode conceber o processo coletivo sob a perspectiva da ação individual, nem se pode aplicar indiscriminadamente as noções do processo individual para a tutela coletiva. De fato, não há razão para tratar da legitimidade para a tutela dos direitos transindividuais (ou mesmo dos direitos individuais homogêneos) a partir de seu correspondente no processo civil individual. Quando se pensa em “direito alheio”, raciocina-se a partir de uma visão individualista, que não norteia a aplicação da tutela coletiva. Não só a partir da premissa de que apenas o titular do direito material está autorizado a ir a juízo, mas principalmente a partir da ideia de que somente há direitos individuais. A noção de direitos transindividuais, como é óbvio, rompe com a noção de que o direito ou é próprio ou é alheio. Se o direito é da comunidade ou da coletividade, não é possível falar em direito alheio, não sendo mais satisfatória, por simples consequência lógica, a clássica dicotomia que classifica a legitimidade em ordinária e extraordinária (v., a respeito, LUIZ GUILHERME MARINONI, *Novas linhas do processo civil*, cit., p. 89-90).

[2] STEPHEN C. YEAZELL, *From medieval group litigation to the modern class action*, cit., p. 238 e ss.

[3] É importante assinalar que a Lei 9.494/1997 também trata de tutela coletiva. A MedProv 2.180-35/2001 (que constitui reedição de inúmeros outros diplomas idênticos), acrescentou-lhe o art. 2.º-A, cujo parágrafo único tem a seguinte redação: “Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembleia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços”. É flagrante a inconstitucionalidade do dispositivo, seja por lesão ao princípio da isonomia, seja por violação ao princípio do acesso à Justiça. Mais que isto, a previsão distorce completamente a natureza dos direitos coletivos, transformando estes direitos, *somente quando em face da União, dos Estados, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações*, em direitos individuais. Obviamente, o texto não merece séria apreciação, no que diz respeito às ações para a tutela de direitos coletivos. Trata-se de previsão que somente pode ser aplicada para objetivos distintos, ou seja, quando a associação estiver em juízo demandando interesses individuais e privados dos seus associados, caso em que, efetivamente, a representação fica na dependência da expressa autorização assemblear (cf. KAZUO WATANABE et alii, *Código brasileiro de Defesa do Consumidor (comentado pelos autores do anteprojeto)*, cit., p. 738). Ressalvada esta hipótese, completamente inaplicável é o dispositivo.

[4] Sobre esta polêmica, v. STJ, REsp 555.111/RJ, 3.ª T., rel. Min. Castro Meira, *DJU* 18.12.2006, p. 363; STJ, EDcl no REsp 734.176/RJ, 1.ª T., rel. Min. Francisco Falcão, *DJU* 28.09.2006, p. 203.

[5] V. KAZUO WATANABE et alii*, Código brasileiro de Defesa do Consumidor (comentado pelos autores do anteprojeto)* cit., p. 732 e ss.; NELSON NERY JR., Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor, *Revista do Consumidor* 1/208.

[6] Não bastasse o Texto Constitucional, o STJ já asseverou, na Súmula 329, que “o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público”.

Caso

A Defensoria Pública da União ajuizou ação civil pública para que o INSS alterasse a forma de cálculo de determinado benefício previdenciário, já que a autarquia estaria violando critérios legais, bem como, em decorrência do reconhecimento do cálculo correto, pagasse as diferenças devidas a todos aqueles que receberam ou recebem o benefício. O processo, porém, foi extinto sem resolução do mérito, entendendo o juiz que a DPU não teria legitimidade para propor ação coletiva visando à proteção de direitos individuais homogêneos e, ademais, no caso, a procedência implicaria tutela também de direitos de pessoas não economicamente hipossuficientes, para o que tampouco aquela instituição estaria legitimada. Quais argumentos seriam utilizáveis em eventual recurso contra essa sentença?

4. A ação civil pública para a tutela de direitos coletivos e difusos

4.1. Considerações gerais

Como se disse anteriormente, a lei brasileira busca tratar, pela via coletiva, todos os direitos que não se amoldam ao processo individual. Dentre os vários mecanismos estruturados para essa tutela coletiva (mandado de segurança coletivo, ação popular, ação civil pública), algumas peculiaridades dos direitos metaindividuais implicam a necessidade de procedimentos próprios, que sejam capazes de veicular adequadamente essas pretensões em juízo.

A ação civil pública para a tutela de direitos difusos e coletivos é basicamente regida pelo conjunto formado pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor.[1] Em verdade, não se trata de uma única ação, mas sim de *um conjunto aberto de ações*, de que se pode lançar mão sempre que se apresentem adequadas para a tutela desses direitos. Vale dizer que é possível o emprego de *qualquer procedimento* adequado para a proteção dos direitos difusos ou coletivos. Não há *um só* procedimento para essa tutela, mas é possível o emprego de qualquer técnica processual ou qualquer procedimento para essa finalidade. Nesse sentido, claramente estabelece o art. 83 do CDC que, para a defesa dos direitos difusos e coletivos, são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela. Portanto, não se pode dizer, realmente, que exista *uma* ação coletiva ou *uma* ação civil pública. Existe, isto sim, uma categoria de ações, que recebem todas o rótulo geral de "ação coletiva", mas que se mostram distintas entre si com as peculiaridades de cada direito carente de tutela.

A ação civil pública, pois, pode veicular quaisquer espécies de pretensões imagináveis, sejam elas inibitória-executiva, reintegratória, do adimplemento na forma específica, ou ressarcitória (na forma específica ou pelo equivalente monetário). Todas podem ser prestadas por qualquer sentença adequada (inclusive, portanto, pelas sentenças mandamental e executiva).[2] Admitem, ainda, pretensões declaratórias e constitutivas.

De todo modo, embora não haja *um só procedimento* para esse tipo de demanda, a Lei da Ação Civil Pública contém uma disciplina mínima a respeito do processamento de demandas coletivas.

Todas as ações civis públicas, tanto aquelas que tratam de relações de consumo, como as demais, que versam sobre outros interesses, são gratuitas para o autor coletivo (salvo quando se verifique sua má-fé na propositura da ação). Assim, não há, no processo coletivo, adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais ou outras despesas, nem condenação dos autores coletivos nos ônus da sucumbência, exceto no caso de má-

fé. Nesses termos são claras as disposições do art. 87 do CDC e do art. 18 da LACP.[3]

A competência para tais ações será absoluta – o que se infere da expressão "competência funcional" utilizada no dispositivo – e sempre será determinada pelo local da lesão (dano ou ilícito), conforme prevê o art. 2.º da LACP. Se a lesão for sentida para além das fronteiras de uma comarca (ou circunscrição judiciária), qualquer delas será competente para a causa, fixando-se aí a prevenção para as demais ações que versem sobre a questão. Em relação à Justiça Federal, a Súmula 183 do STJ mandava processar, perante o juiz estadual, as ações coletivas, ainda que fosse parte no processo a União ou seus entes diretamente vinculados, quando o local do dano não fosse sede de vara federal. Esse entendimento, todavia, não pode prevalecer (como de fato não prevaleceu, ante o cancelamento da aludida súmula),[4] especialmente após a edição do Código de Defesa do Consumidor, em que há específica relativização da regra a respeito do local do dano. Conforme estabelece o art. 93 desse Código, a regra do local do dano ressalva expressamente a competência da Justiça federal. Deste modo, quando a ação competir à Justiça federal, é de entender-se que a competência será do juízo federal cuja competência abarque o "local do dano". A circunscrição judiciária, com efeito, não toma em conta as divisões *administrativas* territoriais, mas apenas as divisões territoriais *jurisdicionais*. Assim, pode, e geralmente sucede dessa forma, ocorrer que uma circunscrição judiciária (como, aliás, pode acontecer com a distribuição das comarcas) abranja mais de um Município. A lesão ocorrida em qualquer destes Municípios será, então, da competência do juízo federal que encampe essa localidade. O raciocínio é óbvio, e sequer justificava toda a polêmica travada a respeito da questão: assim como ninguém suporia que o dano ocorrido em Município que não é Comarca deveria ser resolvida no âmbito do Município (e não na Comarca), não havia sentido na exceção imposta pelo enunciado do STJ para a competência federal.[5]

Tratando-se de dano que atinja dimensões regionais ou nacionais, deve-se aplicar aqui também a previsão contida no art. 93, II, do CDC. Assim, a competência será de qualquer capital de Estado ou do Distrito Federal. Embora o dispositivo esteja inserido do regime das ações que tratam de direitos individuais homogêneos, não há sentido nenhum em supor distinção de tratamento. Especialmente porque, em casos de danos de grandes proporções (nacionais ou regionais) é possível a concorrência de inúmeros juízos, é importante a fixação de critérios mais restritos de determinação de competência, sob pena de se correr grave risco de multiplicação de várias demandas com o mesmo objeto. Por isso, parece adequado também aqui o emprego do critério utilizado pelo artigo mencionado, restringindo-se a competência apenas às capitais dos Estados ou ao Distrito Federal.

Embora pareça difícil determinar o que é um "dano regional ou nacional", é necessário aplicar aqui critério eminentemente pragmático para a solução do impasse. Assim, sempre que atingida, dentro de um Estado, a sua capital, é de se ter o dano como regional, de modo a atrair a competência do foro dessa capital. Por outro lado, sempre que

ultrapassados os limites territoriais de um Estado, é de se considerar o dano como nacional, o que implica a competência da capital de qualquer Estado atingido.

Parece que assim é possível ter um pouco mais de determinação na fixação da competência territorial para as ações coletivas, o que, somente à luz das regras existentes, pode gerar confusões bastante graves.

Admite-se, como regra, para a ação coletiva, a utilização de tutelas provisórias assecuratórias (art. 4.º da LACP) e de tutelas provisórias satisfativas (art. 12 da mesma Lei), quando isso for necessário para a consecução dos objetivos da proteção (final) pretendida. Mais que isso, para instruir a petição inicial, dota-se o legitimado coletivo de certos poderes investigatórios e requisitórios, no intuito de permitir-lhe adequadamente preparar-se para a ação e apresentar provas em juízo. Com esse objetivo, autoriza-se ao interessado requerer (em verdade, requisitar) "às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias" (art. 8.º da LACP), sendo vedada a negativa em fornecer essas informações, salvo no caso de imposição, por lei, de sigilo. Faculta-se também ao Ministério Público instaurar inquérito civil para a colheita dessas provas (que seguirá o procedimento fixado pelo art. 8.º, § 1.º, da LACP, além das normas específicas previstas pelas leis do Ministério Público).

Considerando a relevância da matéria veiculada nessa categoria de ações, não se admite que, uma vez proposta, desista dela o autor. Assim, considerando que não se pode obrigar o legitimado autor a litigar, havendo desistência infundada por este da ação proposta, ou abandono da causa, prevê a lei que o Ministério Público, ou outro legitimado, assuma o prosseguimento dela (art. 5.º, § 3.º). Terá, então, esse órgão o dever de continuar com a ação, até final julgamento, não lhe sendo lícito desistir (imotivadamente) ou abandonar a causa.

No mais, a disciplina dessas ações deve pautar-se pelas regras *procedimentais* do Código de Processo Civil, desde que se mostrem compatíveis com o "processo coletivo" e com os objetivos da ação proposta (arts. 19 da LACP e 90 do CDC).

Os dispositivos legais aplicáveis à ação coletiva instituem sentenças e meios de execução adequados para a tutela de direitos difusos e coletivos (arts. 3.º, 4.º, 11, 13 e 15 da LACP e especialmente art. 84 do CDC).

4.2. Tutelas e sentença na ação para a proteção de direitos difusos e coletivos

Se a ação para a tutela de direitos difusos e coletivos pode veicular qualquer espécie de pretensão, isso importa no consectário reflexo de que a sentença aqui poderá ter, como eficácia preponderante, qualquer das cinco eficácias conhecidas. Pode, assim, dar origem a sentenças declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva.

É certo que o texto da Lei da Ação Civil Pública apenas alude à sentença condenatória

(art. 13) e às sentenças mandamental e executiva (art. 11), deixando de lado as demais espécies. Parte da doutrina nacional considera que no campo coletivo não há muita utilidade para as sentenças declaratória e constitutiva.[6] Contudo, essas sentenças, se não têm a força das sentenças mandamental e executiva para alterar a realidade sensível, evidentemente podem ser úteis e necessárias diante de determinados casos concretos. Basta pensar, por exemplo, na necessidade de anulação de contrato lesivo ao meio ambiente.

Claro está, porém, que o correto manejo da ação inibitória e da sentença mandamental é absolutamente fundamental para a proteção de direitos difusos e coletivos, principalmente pela razão de que essa forma de tutela é essencialmente preventiva. Aliás, *a ação inibitória é a principal forma de ação coletiva.*

É imprescindível distinguir, aqui, *sentença e tutela dos direitos. A sentença é o meio que deve estar presente na legislação processual para que a tutela dos direitos possa ser efetivamente prestada.* Melhor explicando: se a efetiva tutela do direito ao meio ambiente (por exemplo) exige *tutela inibitória, reintegratória e ressarcitória na forma específica, a previsão das sentenças mandamental e executiva é apenas resposta do legislador atento à necessidade de instituir um processo civil realmente capaz de proteger os direitos, evitando que eles sejam transformados em pecúnia, ou mesmo expropriados por aqueles que estão convencidos de que vale a pena "pagar" por eles.*

Em outras palavras, as diversas sentenças e meios de execução nada mais são que instrumentos técnico-processuais que devem estar dispostos na lei para que os direitos possam ser efetiva e concretamente tutelados. Para que tudo isso seja melhor compreendido é importante o seguinte raciocínio: em primeiro lugar, é necessário conhecer a *natureza do direito material e as tutelas que a ele são inerentes*. Após, é preciso verificar quais são *as sentenças e meios de execução adequados* à prestação dessas tutelas. Se, para o direito ao meio ambiente saudável, em vista de sua natureza, é imprescindível a tutela inibitória, não há como se pensar *apenas nas sentenças declaratória, constitutiva e condenatória*. É indispensável socorrer-se das sentenças mandamental e executiva e de meios de execução adequados. Cumpre, então, pesquisar na legislação se tais instrumentos existem*, pena de o processo civil não cumprir sua mais elementar missão*. Em nosso caso, as sentenças mandamental e executiva, bem como os meios de execução adequados à tutela do direito ao meio ambiente saudável (por exemplo), estão presentes no art. 84 do CDC. Nessa perspectiva, é possível dizer que o processo civil está adequadamente estruturado para conferir tutela efetiva aos direitos difusos e coletivos, pois têm sentenças e meios de execução capazes de prestar as tutelas que lhes são imprescindíveis.

De toda sorte, sempre que a sentença proferida na ação coletiva seja condenatória ao pagamento do equivalente, em dinheiro, à lesão (e, assim, capaz de prestar somente tutela ressarcitória pelo equivalente), prevê a lei que o valor da condenação – porque não poderia

ser entregue aos indivíduos que tenham sofrido prejuízos com o ato ilícito, já que a ação não visa à tutela de seus específicos interesses – reverta em favor de um fundo, cujos recursos serão utilizados para a recuperação dos bens e interesses lesados (art. 13 da LACP).

Cumpre observar, por fim, que o recurso cabível contra a sentença proferida na ação coletiva é o previsto no Código de Processo Civil. Entretanto, ao contrário do que ocorre no "processo individual", na ação coletiva o recurso de apelação (que é o recurso cabível) não tem, como regra, efeito suspensivo *ex lege* (art. 14 da Lei 7.347/1985). Em princípio, portanto, as sentenças de primeiro grau admitem "execução provisória", ou melhor, admitem que a sentença produza efeitos na pendência do recurso de apelação. Pode o juiz, contudo, para evitar grave e irreparável dano à parte sucumbente (que tanto pode ser o autor como o réu),[7] conferir, *ope iudicis*, o efeito suspensivo à apelação interposta, inibindo os efeitos potenciais da sentença. O mesmo vale, no campo da tutela coletiva, para outros recursos (desprovidos de efeito suspensivo), como é o caso do recurso de agravo.

Ainda convém sublinhar que decisões recentes do STJ vêm sinalizando pela sujeição ao reexame necessário das sentenças de improcedência em ação civil pública, valendo-se da analogia com o regime da ação popular e tendo em vista a relevância dos direitos aqui discutidos.[8]

4.3. Efetivação das sentenças que tutelam direitos difusos e coletivos

A efetivação da sentença coletiva obedece, em linhas gerais, os mesmos ditames contemplados para o processo individual moderno. Também pode ocorrer, no processo coletivo, assim, a chamada execução da sentença condenatória e a efetivação das sentenças mandamentais e executivas.[9]

Apenas algumas peculiaridades merecem ser ressalvadas, inerentes ao processo coletivo, precisamente em função dos contornos especiais dos direitos aqui tratados.

Como antes foi consignado, a execução da sentença condenatória opera destinação especial do dinheiro arrecadado. Porque o direito em questão é difuso ou coletivo, pertencendo à coletividade ou, ao menos, a um grupo de pessoas, torna-se natural que o dinheiro conseguido na execução não reverta individualmente a nenhum sujeito. Porque o direito ofendido é transindividual e indivisível, a única forma adequada de tutela ressarcitória destes interesses seria a tutela ressarcitória na forma específica.[10] Assim, quando é impossível a tutela ressarcitória na forma específica, a Lei da Ação Civil Pública contempla, como mecanismo de satisfação do direito (pela via do equivalente em dinheiro), o direcionamento do montante arrecadado a um fundo, gerido por Conselho Federal ou Conselhos Estaduais (conforme o caso), com a participação necessária do Ministério Público e de representantes da comunidade, formando um patrimônio a ser posteriormente utilizado na recuperação dos bens lesados (art. 13 da LACP). O direcionamento do

dinheiro arrecadado para o Fundo de Direitos Difusos tem sido bastante criticado pela doutrina, especialmente por sua inefetividade. Por isso, às vezes se observa a adoção, pelos tribunais, de soluções diferentes, com a criação de fundos específicos para o atendimento a certo direito, ou, como deveria ser sempre a regra, com a busca de tutelas específicas, capazes de recuperar efetivamente o bem lesado ou de protegê-lo contra a agressão discutida.

Dessa forma, o legitimado coletivo, que tenha atuado como autor na ação de conhecimento que culminou na condenação do réu, deve, uma vez transitada em julgado a sentença, requerer a execução nos termos do art. 523 do CPC. Obviamente, desde que a apelação da sentença não seja recebida no efeito suspensivo, caberá também a "execução provisória" do julgado, que seguirá (na falta de regras específicas) também os parâmetros fixados pelo Código de Processo Civil.

O legitimado coletivo, que haja promovido a ação de conhecimento, tem o prazo de 60 (sessenta dias), contado a partir do trânsito em julgado da sentença, para iniciar a execução. Durante esse prazo, tem o autor da ação legitimidade exclusiva para a execução. Note-se que a multa do art. 523, § 1º, do CPC incidirá a partir do décimo quinto dia, mas a oportunidade para os colegitimados – que não participaram da fase de conhecimento – requererem a execução só surgirá depois de esgotado o período de exclusividade conferido ao autor da ação para requerer a execução. Findo o lapso fixado, abre-se aos demais legitimados a faculdade (e ao Ministério Público o dever) de requerer a execução do julgado (art. 15 da LACP). Como é evidente, a regra apenas tem aplicação para a execução definitiva e não para a provisória, mesmo porque esta depende de juízo de conveniência e oportunidade do autor – que, até mesmo, sujeita-se a reparar os prejuízos sofridos pelo executado, com a efetivação da sentença, se acaso houver alteração desta no julgamento do recurso (art. 520, I, do CPC).

Em relação à atuação dos provimentos mandamentais e executivos, valem as mesmas regras atinentes à tutela específica individual. Admite-se, para atuação da sentença executiva, a realização do ato por terceiro, cobrando-se o custo disso do devedor, bem como a efetivação da sentença mandamental através da imposição de multa coercitiva, sem falar do uso das chamadas "medidas necessárias", previstas no art. 84, § 5.º, do CDC. Dessa forma, a ordem de cumprimento de prestação de fazer ou não fazer deverá, na própria sentença, vir acompanhada de medida de multa para o caso de descumprimento. Ou, quando isso for mais adequado, a sentença determinará que se realize o ato por terceiro, seguindo-se a cobrança do valor respectivo do devedor inadimplente, sem falar, como já foi dito, no uso (quando for o caso) das "medidas necessárias".

A opção por uma ou por outra sentença deverá pautar-se pelos critérios de efetividade da medida e do menor sacrifício ao executado.

De toda sorte, quando em jogo as sentenças executivas e mandamentais, deve ser

obtida a “tutela específica ou o seu resultado prático equivalente”. Somente se admitirá a conversão da tutela específica em perdas e danos quando a primeira se mostrar impossível ou quando assim optar o autor legitimado (art. 84, § 1.º, do CDC).

[1] Além dessas leis, governam a tutela coletiva de interesses difusos e coletivos todas as outras leis que tratam de tutela coletiva. Trata-se do chamado microssistema de tutela coletiva, composto de todas as leis que disciplinam a proteção de direitos metaindividuais (assim, v. STJ, AgRg no Resp 1.359.958/RJ. 1ª Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. *DJe* 13.11.13; STJ,. AgRg no EREsp 995.995/DF. 2ª Seção, rel. Min. Raul Araújo. *DJe* 09.04.15).

[2] Sobre o tema da classificação das tutelas e das sentenças, ver o vol. 2 deste *Curso.*

[3] Um exame superficial do dispositivo pode levar à conclusão de que somente não se condenará em custas, honorários e despesas processuais a *associação* autora. Os outros legitimados, portanto, haveriam de submeter-se à sucumbência. Assim não é, todavia. Todos os legitimados para a ação coletiva estão isentos desses pagamentos (exceto a hipótese de má-fé processual), sempre.

[4] Esta súmula foi cancelada, pela própria 1.ª Seção do STJ, no dia 08.11.2000 (no julgamento dos EDecl no CC 27.676/BA, *DJU* 24.11.2000, p. 265).

[5] Neste sentido, v. STF, RE 228.955/RS, Pleno, rel. Min. Ilmar Galvão, *DJU* 14.04.2000, p. 56.

[6] V. RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, *Ação civil pública*, p. 183-186.

[7] Advertindo-se, porém, que, em sendo julgada improcedente a ação coletiva, não haverá prejuízo direto ao autor da ação, mas ao titular do direito (comunidade, grupo, categoria, classe etc.). É este prejuízo, pois, que deve ser avaliado para apreciar-se o cabimento ou não do efeito suspensivo ao recurso.

[8] STJ, AgRg no REsp 1.219.033/RJ, 2.ª T., rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 25.04.2011; STJ, REsp 1.108.542/SC, 2.ª T., rel. Min. Castro Meira, *DJe* 29.05.2009.

[9] Para maior aprofundamento, recomenda-se a obra *Execução da tutela coletiva*, de ELTON VENTURI.

[10] Ver LUIZ GUILHERME MARINONI, *Tutela específica*, p. 154 e ss.

Caso

Em ação coletiva ajuizada para inibir a prática de um ilícito em detrimento do meio ambiente, foi concedida tutela antecipada proibindo aquela conduta do réu, acoplando-se multa no valor de R$ 750 mil para o caso de descumprimento. Ocorre que o ilícito foi praticado mesmo assim. Na sentença, o juiz, realizando a conversão em perdas e danos, condenou o réu ao pagamento de 7 milhões de reais, somados à multa. O réu, então, interpôs apelação, alegando a impossibilidade de conversão da obrigação em perdas e danos no mesmo processo, já que tinha sido deferida a liminar para tutela específica – que inclusive era o pedido feito pelo legitimado coletivo na inicial –, assim como, caso não acolhido o primeiro argumento, apontando a inviabilidade de cumular a indenização com o valor da multa coercitiva. Você daria provimento a esse recurso? Por quê?

Caso

Uma associação propôs ação coletiva questionando o reajuste da mensalidade de determinado plano de saúde, para que fosse reconhecida sua ilegalidade e determinada a repetição, pela operadora, dos valores indevidamente pagos pelos consumidores. O pedido foi julgado procedente, ordenando o magistrado, em vez de proferir sentença condenatória genérica, que a operadora do plano procedesse à restituição das quantias cobradas indevidamente, da seguinte forma: (i) fizesse a compensação nas próximas faturas, em relação àquelas pessoas ainda clientes; e (ii) depositasse o valor em juízo, em relação aos demais, fazendo um chamamento direto ou público, este no caso daqueles antigos usuários de localização desconhecida. A conduta do juiz foi adequada?

6. Coisa julgada, litispendência e conexão nas ações coletivas

6.1. A coisa julgada nas ações coletivas

O tema da coisa julgada diante das ações coletivas é um dos mais complexos e polêmicos de todo o exame da "tutela coletiva". A questão agrava-se ainda mais em função da atuação displicente do Poder Executivo (chancelada hoje em legislação aprovada pelo Congresso Nacional) na regência legal da questão, buscando a todo custo minimizar os incômodos e prejuízos que possam ser-lhe causados pela procedência de ações coletivas.

Insta lembrar, antes de prosseguir no exame da matéria, que a disciplina da coisa julgada em relação às ações coletivas no direito brasileiro é dada, seja para direitos coletivos, seja para difusos ou ainda para os individuais homogêneos, pelos arts. 103 e 104 do CDC. É que, em função da previsão contida no art. 21 da Lei 7.347/1985[1] (Lei da Ação Civil Pública) – e não obstante o veto imposto ao art. 89 do CDC[2] –, existe verdadeira "simbiose" entre as duas leis. Daí deflui que as regras atinentes à coisa julgada previstas pelo Código de Defesa do Consumidor para a tutela das relações de consumo aplicam-se também às demais "ações coletivas" e em relação a direitos de qualquer natureza.

Segundo se observa do art. 103 do CDC, a disciplina da coisa julgada frente às ações coletivas é estabelecida de modo diferenciado, conforme a espécie de "direito coletivo" (direito coletivo *stricto sensu*, direito difuso ou direito individual homogêneo) objeto da ação.

Primeiramente, é preciso lembrar algo que é evidente para quem compreende bem o fenômeno da coisa julgada. Como estudado no vol. 2, deste Curso, somente se pode falar em coisa julgada (material) diante de decisões definitivas (de mérito). Por isso, se a sentença da ação coletiva for meramente terminativa, inexiste coisa julgada, não tendo aplicação a previsão do art. 103 do CDC. De outra parte, também cumpre sublinhar que a coisa julgada se prende à indiscutibilidade do efeito declaratório da sentença, tornando-o imutável. Portanto, para que a sentença possa ser revestida pela coisa julgada, é preciso que tenha ela carga declaratória suficiente em seu conteúdo, para certificar a incidência da regra material de regência do caso concreto.

Conforme prevê o art. 103, I, a coisa julgada, em relação às ações que tratam de direitos difusos, será *erga omnes* (oponível contra todos), salvo quando o pedido for julgado improcedente por falta de provas. O direito difuso, como visto, é aquele direito *transindividual*, indivisível, de sujeito indeterminado, pertencente a toda a coletividade. Ora, se o direito pertence a todos (ou ao menos a um complexo indeterminado e indeterminável de sujeitos), realmente a solução da controvérsia sobre o direito (que é transindividual e indivisível) deve abranger a todos, tornando-se a decisão imutável para as

partes do processo (autor legitimado extraordinariamente e réu) e para as partes em sentido material, para usar a nomenclatura de CARNELUTTI.[3]

Na verdade, bem observada a disciplina da questão, nota-se que nenhuma particularidade (exceto pela questão da possibilidade de propor nova ação mediante prova nova, em caso de improcedência por falta de prova, a ser adiante examinada) tem ela em relação ao trato comum da coisa julgada no direito brasileiro. Em essência, não é a coisa julgada que opera efeitos *erga omnes*, e sim os efeitos diretos da sentença.[4] Realmente, para quem não tem legitimidade para propor a ação – no caso, por se tratar de direito transindividual, nenhuma pessoa física poderia fazê-lo, mas apenas os legitimados contemplados em lei, por expressa determinação legal (art. 82 do CDC e art. 5.º da Lei 7.347/1985) –, a imutabilidade da decisão não decorre da coisa julgada, mas sim, apenas, da impossibilidade concreta de discutir judicialmente a questão, por falta de legitimidade para agir.[5]

Apenas em relação aos colegitimados para a ação coletiva é que se verifica a extensão da coisa julgada para além dos limites das partes. Isto, porém, também ocorre naturalmente, porque o trânsito em julgado da sentença abarca o efeito declaratório da sentença, que se torna imutável *em face da relação jurídica exposta* no pedido formulado. Ora, se os colegitimados (*extraordinários*, porque o direito postulado não lhes pertence, mas sim a toda coletividade ou, ao menos a um plexo indeterminado de sujeitos) podem expor em juízo apenas uma única relação jurídica material, o trânsito em julgado da sentença torna imutável a declaração sobre *essa relação jurídica* para as partes materiais e também para os legitimados extraordinários, que, afinal, nada mais são que *longa manus* dos titulares do direito, com autorização legal para agirem em nome destes. Poder-se-ia equiparar o fenômeno, para melhor compreender-se o que aqui se diz, com a hipótese de determinado sujeito, titular do direito, possuir, para a tutela de seus interesses em juízo, dois ou mais substitutos processuais. A propositura da ação por qualquer um deles (seja pelo titular ou ainda por um dos substitutos) e seu julgamento acarreta a incidência da coisa julgada não apenas, por óbvio, àquele que efetivamente propôs a ação, mas também para os demais (colegitimados), porque a relação jurídica material já foi julgada.

Conclui-se, assim, que a coisa julgada disciplinada em relação às ações para a tutela de direitos difusos ou coletivos, do ponto de vista subjetivo, não tem nenhuma particularidade. Sabendo compreender corretamente a disciplina da coisa julgada da ação individual, a disciplina da coisa julgada coletiva é, praticamente, intuitiva.

O mesmo se pode dizer em relação ao preceito do art. 103, II, do CDC. Esse dispositivo trata da ação coletiva para a defesa de direitos coletivos (*stricto sensu*). Estes direitos, vale recordar, caracterizam-se por serem direitos transindividuais, de natureza indivisível, mas com "sujeito" determinado, consistente em um grupo, categoria ou classe de sujeitos, ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (art. 81, II, do CDC). A coisa julgada nessa ação, segundo o texto legal, se opera *ultra partes* –

ressalvada a hipótese de improcedência por falta de prova –, ou seja, para além das partes do processo, atingindo a todo o grupo, categoria ou classe a quem pertence o direito discutido. Novamente, a mesma objeção pode ser oposta: não é, na verdade, a coisa julgada que se estende para além das partes do processo. Na verdade, é o efeito direto da sentença que opera em relação aos titulares do direito de maneira imutável, pela singela circunstância de que eles não detêm *legitimidade ad causam* para discuti-la.

A verdadeira diferenciação da coisa julgada coletiva em relação à individual está no plano objetivo. Em ambos os casos (coisa julgada em ação para a tutela de direitos difusos e em ação para a tutela de direitos coletivos), a coisa julgada é dita *secundum eventum litis*, porque se opera apenas em face das circunstâncias da causa. Quando o legislador afirma que a mesma ação coletiva pode ser proposta com base em prova nova, *há ruptura com o princípio (que é uma ficção necessária) de que a plenitude do contraditório é bastante para fazer surgir cognição exauriente*. Há, em outras palavras, expressa aceitação das hipóteses de que a participação do legitimado (do art. 82) no processo pode não ser capaz de fazer surgir cognição exauriente, *e de que essa deficiente participação não pode prejudicar a comunidade ou a coletividade*. É correto afirmar, portanto, que, nas ações que tutelam direitos transindividuais, pode haver sentença de improcedência com carga declaratória insuficiente para a produção de coisa julgada material. Nas ações coletivas que tutelam direitos transindividuais, assim, a sentença de improcedência de cognição exauriente e sua consequência, que é a formação de coisa julgada material, ocorrem, mais precisamente, *secundum eventum probationis*, ou seja, conforme o sucesso da prova.[6]

Se, em função dessa característica da coisa julgada nas ações coletivas, o magistrado julgar a ação improcedente por insuficiência de provas (ainda que não exponha, manifestamente, essa causa como motivo da rejeição da demanda), não haverá formação de coisa julgada material (mas apenas formal), sendo plenamente viável a propositura da mesma ação futuramente, desde que instruída com prova nova, capaz de alterar o quadro cognitivo da ação anterior. A noção de prova nova, como utilizada em outros campos do direito processual civil, não se cinge à prova surgida após a conclusão do processo anterior. Na verdade, pode ser utilizada qualquer prova, ainda que já existente e conhecida (mas não utilizada por má-fé ou por falta de preparo, não importa). Desde que presente essa prova nova, qualquer legitimado – mesmo aquele que propôs a primeira ação – pode intentar novamente a ação coletiva.

No concernente à coisa julgada em relação às ações que tutelam direitos individuais homogêneos, a situação é significativamente distinta. Como se observou anteriormente, ao contrário do que ocorre com os direitos coletivos e difusos, os direitos individuais homogêneos não são *transindividuais*, mas, sim, direitos nitidamente individuais, com sujeito determinado e isolado. Todavia, por serem direitos individuais idênticos (inerentes a vários sujeitos), podem ser tutelados de maneira uniforme e única, por meio de uma única ação. A sentença que julga essa ação coletiva, portanto, examina pretensões individuais

(pertencentes a cada um dos substituídos), de maneira unívoca. A coisa julgada formada nessa ação, conforme prescreve o art. 103, III, é *erga omnes* somente no caso de procedência da ação, para beneficiar todos os sujeitos titulares dos direitos individuais postulados, bem como seus sucessores. Encontra-se aqui nova modalidade da coisa julgada *secundum eventum litis*, porque somente operada, em sua condição descrita na lei, quando a sentença for de procedência.[7]

Isso não significa dizer que, quando julgada improcedente a ação para tutela de direitos individuais homogêneos, não fará ela coisa julgada material. Em verdade, no caso de improcedência, o que não existirá é a coisa julgada *erga omnes*, expandida para beneficiar as vítimas e seus sucessores. Ainda assim, essa sentença (de improcedência) operará coisa julgada para as partes do processo, inclusive para as pessoas (titulares dos direitos individuais homogêneos) que hajam intervindo na condição de litisconsortes nesse feito, tornando para estas, mas não para os sujeitos não intervenientes (titulares do direito, que poderão oferecer suas ações individuais, conforme estabelece o art. 103, § 2.º, do CDC), imutável a decisão.

A disciplina da coisa julgada frente às ações coletivas ainda traz outra inovação (sempre ditada no intuito de facilitar a situação das vítimas individuais da lesão): o transporte da coisa julgada, *in utilibus*, para as ações individuais que versem sobre o tema. Conforme prescreve o art. 104 do CDC, "as ações coletivas, previstas nos incs. I e II do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incs. II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva". Há, evidentemente, na redação do dispositivo, nítido equívoco nas remissões feitas aos incisos do parágrafo único do art. 81 e aos incisos do art. 103. Não obstante grande parcela da doutrina entenda que a remissão correta estaria contemplando apenas os incs. II e III do parágrafo único do art. 81 (e, por consequência, os incs. II e III do art. 103), parece ser mais adequado compreender que a remissão abrange os três incisos do art. 103, valendo, portanto, os efeitos ali descritos, para todas as espécies de ações coletivas.[8]

O objetivo do art. 104 é tornar possível o ajuizamento da ação individual mesmo que pendente ação coletiva para a tutela de direito difuso, coletivo e individual homogêneo e, ainda, o de deixar claro que a tutela coletiva não trará benefícios para aquele que não requerer a suspensão do processo individual no prazo de trinta dias após obter a ciência do ajuizamento da ação coletiva.

O autor da ação individual somente não será beneficiado quando, ciente nos autos de sua demanda individual a respeito do ajuizamento da ação coletiva, deixar de requerer a suspensão do processo individual no prazo de trinta dias. Caso não esteja ciente da ação coletiva concomitante, o autor individual será beneficiado pela coisa julgada coletiva,

devendo sua ação ser extinta sem resolução de mérito.[9]

Na hipótese de concomitância entre ação individual e ação coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos, o autor individual, uma vez ciente da ação coletiva, deve requerer a suspensão do processo, por prazo indeterminado, para que possa ser beneficiado pela coisa julgada *erga omnes*. Caso o processo não seja suspenso e a sentença individual seja de improcedência, o autor não poderá invocar em seu benefício a coisa julgada formada em razão da sentença de procedência da ação coletiva. Não há conflito de decisões, pois o autor da ação individual, justamente em razão de seu insucesso, não poderá proceder à liquidação.[10]

Por derradeiro, cabe atentar para uma particularidade, imposta à redação do art. 16 da Lei 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), pela Lei 9.494/1997. Segundo prescreve este dispositivo, em sua atual redação, "a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, *nos limites da competência territorial do órgão prolator*". Houve, portanto, em relação às ações coletivas (que não dizem respeito a relações de consumo – já que estas são especificamente regidas pelo Código de Defesa do Consumidor, onde não existe semelhante previsão) tentativa de limitação em relação à coisa julgada, que ficaria restrita aos limites territoriais de competência do órgão prolator.

A regra vem sendo, sem maior cautela, aplicada pelos tribunais, conquanto já se esboce significativa alteração no pensamento jurisprudencial a respeito. Quem examinar adequadamente a regra, detendo um mínimo de conhecimento a respeito da teoria da coisa julgada, concluirá com tranquilidade que a previsão é, em essência, absurda, ou por ser ilógica, ou por ser incompatível com a regência da coisa julgada. Como já se viu inúmeras vezes, a coisa julgada representa a qualidade de indiscutibilidade de que se reveste o efeito declaratório da sentença de mérito. Não se trata – também já foi observado, com a crítica de Liebman – de um *efeito* da sentença, mas de qualidade que se agrega a certo efeito. Ora, pensar que uma qualidade de determinado efeito só existe em determinada porção do território, seria o mesmo que dizer que uma fruta só é vermelha em certo lugar do País. Ora, da mesma forma que uma fruta não deixará de ter sua cor apenas por ingressar em outro território da federação, só se pode pensar em uma sentença imutável frente à jurisdição nacional, *e nunca em face de parcela dessa jurisdição*. Se um juiz brasileiro puder decidir novamente causa já decidida em qualquer lugar do Brasil (da jurisdição brasileira), então é porque não existe, sobre a decisão anterior, coisa julgada. O pensamento da regra chega a ser infantil, não se lhe podendo dar nenhuma função ou utilidade.

Aliás, dar a essa regra alguma aplicação concreta aporta ao processo coletivo inúmeros e sérios problemas. Imagine-se ação coletiva proposta para impedir a construção de barragem em determinado rio (que divida dois Municípios ou dois Estados). Se a ação é proposta para atender à intenção do art. 16 da Lei 7.347/1985 em ambos os Estados (já que em ambos ocorrerá o dano ambiental), poder-se-ia imaginar a hipótese de um juiz (do

Estado “A”) julgar procedente o pedido e o outro (do Estado “B”) considerá-lo improcedente? A barragem, então, poderia ser construída até o meio do rio? E se já estivesse pronta a barragem (e a ação fosse repressiva), teria ela de ser destruída até a metade do rio? Obviamente, ninguém em sã consciência defenderia essas conclusões. A questão ainda se agravaria mais, caso se imaginasse a hipótese recursal neste caso: chegando o processo até o STF ou ao STJ, órgãos de competência nacional, e considerando-se que a decisão dessas instâncias opera *efeito substitutivo* em face da decisão recorrida (ou seja, substitui a decisão recorrida, nos termos do art. 1.008 do CPC), aí então teria a decisão abrangência nacional? E se houvesse dois recursos, um em cada uma das ações coletivas intentadas, poderiam esses tribunais superiores conhecer por duas vezes da questão, decidindo (sem lesão à ideia de litispendência) por duas ocasiões a controvérsia?

Na verdade, a restrição pretendida pela lei não diz respeito à coisa julgada. Limitar a abrangência da coisa julgada é impossível, sob pena de deixar ela de ser coisa julgada. O objetivo do dispositivo é limitar a abrangência dos *efeitos da sentença* (dentre os quais, certamente, não se encaixa a coisa julgada). Mas nem para isso ele se presta. Os efeitos concretos da decisão (que se operam no mundo real) atuam em sentidos imprevisíveis e não podem ser contidos pela vontade do legislador. Assim como uma pessoa divorciada não pode ser divorciada apenas na cidade onde foi prolatada a sentença de seu divórcio (passando a ser casada em outros Municípios), uma sentença proferida em ação coletiva não pode ter seus efeitos limitados a certa porção do território nacional. Os efeitos da sentença operam-se onde devem operar-se, e não onde o legislador queira que eles se verifiquem. Como é óbvio, os efeitos da sentença de divórcio se operam onde quer que estejam as partes, e não apenas na cidade “A” ou “B”. Os efeitos da sentença, enfim, acompanham os sujeitos da controvérsia e do processo, bem como a relação jurídica deduzida e examinada judicialmente, pouco importando onde essa relação tenha sido formada ou extinta, ou onde estejam seus sujeitos. Em especial, considerando-se que os direitos difusos são, por sua própria natureza, *transindividuais*, outorgar limites à coisa julgada ou aos efeitos da sentença seria, inquestionavelmente, dar a um só direito a possibilidade de dois tratamentos diferentes.[11]

Por tudo isso, é de se ver que, mesmo em relação às ações coletivas que não versem sobre relação de consumo, a regra de regência da coisa julgada permanece sendo aquela insculpida no art. 103 do CDC. Isto porque, tirante a previsão teratológica do art. 16 da Lei 7.347/1985 (imposta pela Lei 9.494/1997), no mais a disciplina deste artigo é completamente compatível com a daquele.

6.2. A litispendência em relação aos processos coletivos

A análise da litispendência não oferece particularidade especial quando enfrentada em face do “processo coletivo”.

Não há litispendência, por óbvio, no cotejo entre a ação individual e as ações para a

tutela de direitos difusos ou coletivos. A conclusão decorre não apenas da dicção expressa do art. 104 do CDC, como também da própria natureza das ações examinadas. De fato, em relação às ações para a defesa de direitos coletivos e difusos, é de se notar que esses direitos pertencem a toda coletividade ou a um grupo determinado, e não a cada indivíduo considerado isoladamente. Por isso, tais direitos não se confundem com eventuais direitos individuais decorrentes do mesmo fato ilícito. Exemplificando: o despejo de certo produto tóxico em um rio afeta, certamente, o direito ao meio ambiente hígido (direito difuso) e autoriza, por isso mesmo, a propositura de ação coletiva para a tutela desse interesse. Todavia, se alguém, que se serviu dessa água poluída para sua lavoura ou para seu gado, sofreu dano em decorrência desse mesmo ilícito, terá ele direito a indenização, surgindo-lhe, então, a faculdade de propor ação individual. A ação individual obviamente não terá por objeto o direito difuso (meio ambiente), mas o prejuízo específico experimentado pelo agricultor. Um mesmo fato, nesse caso, terá dado azo à propositura de duas ações, para a tutela de direitos distintos (direito difuso e direito individual).

Ora, para os direitos difusos e coletivos sequer é possível pensar em litispendência em relação a direitos individuais que envolvam o mesmo fato. Isto porque o indivíduo não tem legitimidade para propor a ação coletiva. Dos direitos difusos e coletivos apenas podem tratar os "legitimados coletivos". Tem-se, assim, pedidos diversos, baseados em *causas de pedir* distintas. Possuindo, então, elementos diferentes, são ações diferentes, razão suficiente para afastar a questão da litispendência entre elas.

Naturalmente, pode ocorrer litispendência entre ações coletivas. Se um legitimado para a ação coletiva ingressa com ação já proposta por outro legitimado (ações idênticas, com a mesma causa de pedir e o mesmo pedido), o caso, evidentemente, será de litispendência. Alguém poderia objetar, dizendo que se trata de sujeitos distintos, e que, portanto, haveria um elemento da ação distinto entre as ações. É bom lembrar, porém, que os legitimados para essas ações não agem em defesa de direito próprio, mas sim alheio (legitimação extraordinária), pertencente à coletividade ou a certo grupo de pessoas. O sujeito material do processo, portanto, permanece sendo o mesmo, ainda que distintos os legitimados "formais" para a ação. As ações são, por isso, iguais, havendo litispendência desde que sejam uniformes a causa de pedir e o pedido.[12]

Merece exame em separado o tema da litispendência no concernente às ações que visam à tutela de direitos individuais homogêneos. É sabido que essas ações, ao contrário do que ocorre com as ações para a tutela de direitos difusos ou coletivos, buscam a proteção de direitos nitidamente individuais que, por terem a mesma origem (por serem idênticos), autorizam e mesmo recomendam seu exame em bloco. As ações para a tutela de direitos individuais homogêneos, portanto, tratam de direitos para cuja proteção o indivíduo tem legitimação concorrente. Poderiam, por isso mesmo, essas ações, *em tese*, operar litispendência não apenas em relação a outra ação coletiva proposta para a defesa desses interesses, mas ainda para as ações individuais, propostas pelos lesados, isoladamente, para a satisfação de suas específicas pretensões. Imagine-se a situação de

uma demanda, proposta para condenar certa montadora de veículos a trocar gratuitamente peça defeituosa encontrada em determinado lote de veículos produzidos, em benefício de seus adquirentes. Trata-se de direito nitidamente individual homogêneo, pertencente a todos os compradores dos veículos (individualmente), que por ser igual para todos eles permite a tutela na forma coletiva. Pode, portanto, um dos legitimados coletivos (art. 82 do CDC ou art. 5.º da Lei 7.347/1985) propor a ação coletiva para a tutela desses direitos, mas também pode cada um dos consumidores propor sua ação individual, para ter trocada a peça defeituosa de seu veículo. Haverá aí litispendência?

Em princípio, considerando o processo civil individual, a resposta seria afirmativa. Porém, a lei exclui expressamente essa possibilidade, dando ao tema disciplina própria e particular. É o que se lê do art. 104 do CDC, ao prever que "as ações coletivas, previstas nos incisos I e II do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incs. II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta dias), a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva". Observou-se, no item anterior, que a remissão contida no dispositivo deve ser interpretada como abrangendo os três incisos (I, II e III, tanto do art. 81, parágrafo único, como do art. 103 do CDC), tratando-se, portanto, de ações para a tutela de direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos. Sabe-se, por outro lado, que a litispendência é instituto concebido (e, consequentemente, regido arbitrariamente) pelo legislador, que pode dar-lhe a disciplina que bem lhe aprouver. Em relação à litispendência considerada em face de ações individuais, a solução alvitrada pelo legislador é simples: a segunda ação deve ser extinta sem resolução do mérito (art. 485, V, c/c o art. 337, §§ 1.º, 2.º e 3.º, do CPC). Mas no referente às ações coletivas a disciplina é outra: a litispendência não se opera como regra, sendo livre a propositura, na pendência de ação coletiva, de ação individual (ou vice-versa), sem que uma venha a influenciar a outra.

De fato, como se prevê no dispositivo examinado, a sorte da ação coletiva não influencia o resultado da ação individual – ainda que ambas versem sobre o mesmo tema, fundados na mesma causa de pedir e contendo o mesmo pedido – *a não ser quando, ciente da propositura da ação coletiva, o autor da ação individual expressamente requeira a suspensão de seu pleito nuclear para aguardar o resultado daquela*. A ausência de requerimento de suspensão da ação individual é tomada pelo legislador como uma presunção de manifestação de vontade do sujeito, no sentido de excluir da legitimação do ente coletivo a tutela de seu direito. A legitimação extraordinária do titular da ação coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos fica, por assim dizer, submetida a condição resolutiva parcial, já que a propositura de ação individual (e a ausência de pedido de sua suspensão) importam na retirada da legitimação do ente coletivo do poder de proteger o direito daquele que postulou e insistiu na tutela de seu direito na forma individual.[13]

O pedido de suspensão deve ser feito no prazo máximo de trinta dias, contados da

ciência inequívoca da propositura da ação individual. Findo o prazo, preclui o direito de pleitear a suspensão e de beneficiar-se do resultado da ação coletiva. A ação individual, então, estará lançada à sua própria sorte, independentemente da solução a ser dada à ação coletiva. Obviamente, porém, nada impede que a ação individual venha a servir-se dos elementos da ação coletiva (como dos argumentos, das provas etc.) em seu benefício. Isso, todavia, não assegurará ao autor da ação individual (que não foi suspensa) o mesmo resultado da ação coletiva.

Havendo a suspensão da ação individual, somente a sentença de *procedência* da ação coletiva influenciará positivamente o resultado da ação individual. Se a ação coletiva for julgada improcedente, poderá a ação individual prosseguir, buscando-se o resultado favorável à pretensão específica (art. 103, § 2.º, do CDC).

6.3. Conexão nas ações coletivas

De acordo com o art. 55 do CPC, "reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir". Também em relação a ações coletivas pode ocorrer de existirem duas ações com idêntica causa de pedir ou idêntico pedido. É então de se perguntar se a figura da conexão, com seus resultados específicos (reunião dos processos, perante o juiz prevento), também seria aplicável ao "processo coletivo".

A resposta é, evidentemente, pela afirmativa. Não há nenhuma razão para negar a aplicação da conexão e de seus efeitos aos processos coletivos. Havendo duas ações coletivas, com idêntico pedido ou igual causa de pedir, serão elas reputadas conexas, resultando na necessidade de sua reunião (salvo se distintos forem os critérios de competência *absoluta*, para cada uma delas) perante o juízo prevento (art. 58 do CPC). E essa prevenção, nos termos do que afirma o art. 59 do mesmo Código, se dá a partir do critério do registro ou da distribuição da petição inicial, para qualquer processo.

Novamente, porém, põe-se aqui o problema da inovação introduzida no art. 16 da LACP, pela Lei 9.494/1997. Como foi visto acima, pela atual redação dada ao dispositivo, a coisa julgada proferida em ações coletivas somente operaria nos limites da competência territorial do juízo prolator da decisão. Fosse viável a previsão, evidentemente não haveria sentido na reunião de processos coletivos que tramitassem em comarcas (ou circunscrições jurisdicionais) distintas, já que a decisão de um magistrado não se operaria para além do território de sua competência. Estar-se-ia, então, diante de invencível conflito entre dois preceitos: o que determina a reunião das causas conexas perante um único magistrado e o que limita os "poderes" do juiz apenas à sua competência territorial. Obviamente, conforme já se pontuou, essa regra não merece aplicação, porque inviável. A questão, portanto (salvo se admitida como sustentável a limitação), não coloca maiores problemas, desde que afastada a possibilidade de aplicação do art. 16 da LACP em sua atual redação.

Questão que merece atenção é a da conexão em face das ações que versam sobre

direitos individuais homogêneos. Essas ações, em face das ações individuais, apresentam, como se tem por intuitivo, uma relação de continência, em que a ação individual está naturalmente contida na ação coletiva (que trata, dentre o feixe de direitos individuais, também do direito deduzido na ação individual). O resultado natural seria considerar que a propositura da primeira ação, individual ou coletiva (para a tutela de direitos individuais homogêneos), induziria prevenção em relação às demais (pelo registro ou pela distribuição da primeira petição inicial, nos termos do art. 59 do CPC), pelo que deveriam todas ser encaminhadas ao mesmo juízo.

Essa solução, embora decorra instintivamente da disciplina da conexão no Código de Processo Civil, não parece estar adequada ao espírito e à intenção do legislador do Código de Defesa do Consumidor. Com efeito, os preceitos dos arts. 103, § 2.º, e 104 (este com a interpretação aqui utilizada) desse Código, conduzem à conclusão de que o legislador pretendeu isolar, completamente, o julgamento da ação individual e da ação coletiva (ainda que para a tutela de direitos individuais homogêneos). O resultado da ação coletiva, portanto, não deve interferir no julgamento da ação individual – salvo para beneficiar o autor desta, no caso de procedência da primeira, havendo pedido expresso de suspensão da ação individual. Ora, se é assim, fica prejudicada a principal função da conexão: evitar decisões conflitantes. Realmente, o que se extrai do espírito da legislação coletiva é a intenção de tornar autônomas as esferas de julgamento da ação coletiva e da ação individual (salvo na exceção da suspensão desta), isolando a interferência que o exame de uma ação pudesse exercer sobre a outra. Torna-se, portanto, completamente imprestável (por irrelevante) o instituto da conexão no cotejo de ação coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos e ação individual. Não há, portanto, necessidade de reunir, perante um único juízo, ação individual e ação coletiva (para a tutela de direitos individuais homogêneos).

Tal solução parece mais harmoniosa com o sistema processual da tutela coletiva, sendo ainda mais adequada para a realidade concreta. Deveras, adotar-se a conexão entre ações coletivas (para a tutela de direitos individuais homogêneos) e ações individuais (para análise das pretensões específicas contidas naquela) poderia inviabilizar, diante do volume de ações reunidas sob um único juízo, a operacionalidade de uma vara. O volume (que pode ser monstruoso) de ações a serem reunidas importará em fazer o juízo trabalhar, praticamente, apenas com aquela questão, abandonando todas as demais causas submetidas a seu exame e, ainda assim, correndo o risco de prestar tutela inadequada para a situação particular de cada ação individual. O tumulto que se criaria, então, com essa reunião, recomenda a não aplicação do instituto da conexão entre ações coletivas e ações individuais.

[1] Com a redação dada pelo art. 117 do CDC.

[2] Tais artigos tinham o mesmo teor e, conquanto um tenha sido vetado, a presença do outro no ordenamento jurídico brasileiro é suficiente para gerar os efeitos necessários para ambos os diplomas legais.

[3]

FRANCESCO CARNELUTTI, *Instituições do processo civil*, vol. 1, p. 79.

[4]

V., a respeito, o vol. 2, deste *Curso*, naquilo que se refere à extensão subjetiva da coisa julgada.

[5]

V., de maneira semelhante, ANTONIO GIDI, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 126-127.

[6]

Cf. LUIZ GUILHERME MARINONI, *Novas linhas do processo civil*, cit., 2000, p. 93-94.

[7]

É necessário ter certa cautela, hoje, com a estrutura da coisa julgada frente às ações para tutela de direitos individuais homogêneos. Isto porque uma medida provisória, ainda em vigor, alterou substancialmente a disciplina da figura, transformando, magicamente, a ação coletiva em ação individual com substituição processual voluntária tradicional. Eis o que está escrito no art. 2.º-A da Lei 9.494/1997 (acrescentado pela MedProv 2.180-35/2001): "Art. 2.º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator". Inúmeras objeções podem ser levantadas a essa nova previsão, desde a inconstitucionalidade da medida provisória (por ausência de seus pressupostos de edição: urgência e relevância), até a desnaturação completa da ação coletiva, transformando-a em ação individual, com autor multitudinário substituído. Pior ainda é a previsão do parágrafo único do art. 2.º-A, ao dizer que "nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembleia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços". Não satisfeita em transformar a ação coletiva em ação individual, a medida provisória foi além, transformando a legitimação para essa ação em mera *representação processual*. Certamente, legislação como essa não pode ser considerada séria; o que se deu com uma mão (através da moderna legislação nacional sobre direitos coletivos e sua tutela) se tira com a outra, de maneira obviamente irresponsável e perigosamente simples. Ainda que se espere que preceitos como esses não venham a subsistir, seja por reconsideração do próprio governo, seja pela atuação do controle de constitucionalidade, é bom lembrar que tal previsão por enquanto existe, e que, embora flagrantemente inconstitucional, vem sendo utilizada por alguns julgadores.

[8]

V., a respeito, RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, Defesa do consumidor: reflexões acerca da eventual concomitância de ações coletivas e individuais, *Revista do Consumidor* 2/148-156.

[9]

ANTONIO GIDI, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, cit., p. 203.

[10]

LUIZ GUILHERME MARINONI, *Novas linhas do processo civil*, cit., 2000, p. 96.

[11]

V. sobre o tema as críticas feitas por NELSON NERY JR. e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, *Código de Processo Civil comentado*, 3. ed., p. 1157-1158; JOSÉ MARCELO MENEZES VIGLIAR, A Lei 9.494, de 10.09.1997, e a nova disciplina da coisa julgada nas ações coletivas: inconstitucionalidade, *RT* 745/67-72; ADA PELLEGRINI GRINOVER et alii, *Código brasileiro de Defesa do Consumidor (comentado pelos autores do anteprojeto)*, cit., p. 818 e ss.

[12]

Esse mesmo raciocínio vale para o exame de ação popular em relação a outra ação coletiva. Como se tem por certo, a ação popular não deixa de ser uma ação para a defesa de direitos difusos, proposta pelo cidadão em benefício da coletividade. Nesse caso, tratando-se novamente de legitimação extraordinária particular, à semelhança do que ocorre com a ação coletiva, pode acontecer que, desde que tenham a mesma causa de pedir e o mesmo pedido, ocorra litispendência entre uma ação coletiva e uma ação popular.

[13]

Não obstante essa seja a previsão legal, é importante sublinhar que a jurisprudência tem prestigiado orientação diversa. Conforme entende a 2.ª Seção do STJ, "ajuizada ação coletiva atinente à macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva" (STJ, REsp 1.110.549/RS, 2.ª Seção, rel. Min. Sidnei Beneti, *DJe* 14.12.2009, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos). Também a 1.ª Seção do STJ, em recurso examinado sob a sistemática dos recursos repetitivos, concluiu no mesmo sentido (STJ, REsp 1.353.801/RS, 1.ª Seção, rel. Min. Campbell Marques, *DJe* 23.08.2013).

Caso

Uma empresa agropecuária planta milho em sua propriedade, que se estende tanto por Goiás como pelo Mato Grosso. Na plantação, estão sendo utilizados produtos químicos tóxicos, com potencial de contaminar o solo de todo o imóvel. Diante dessa situação, foram ajuizadas duas ações civis públicas, para cessar a utilização de tais produtos na propriedade, uma pelo Ministério Público em Goiás e outra no Mato Grosso por uma associação de proteção ambiental. Na ação do Mato Grosso, ajuizada posteriormente, o juiz, ao analisar as defesas processuais apresentadas na contestação, entendeu que não haveria litispendência em relação à outra ação civil pública, porque a utilização dos produtos poderia ser permitida em um Estado e proibida em outro, considerando a competência dos dois órgãos judiciais perante os quais tramitam as ações coletivas, nos termos do art. 16 da LACP (redação pela Lei 9.494/1997). Decidiu corretamente o magistrado?

PARTE VII - O PROCEDIMENTO ARBITRAL

(Autores)

Luiz Guilherme Marinoni

Sérgio Cruz Arenhart

Daniel Mitidiero

1. A arbitragem e a solução de controvérsias

1. A filosofia da arbitragem

A arbitragem surge como forma alternativa de resolução dos conflitos, colocada ao lado da jurisdição tradicional. Sua tônica está na tentativa de ladear o formalismo – muitas vezes exagerado – do processo tradicional, procurando mecanismo mais ágil para a resolução dos problemas. Mais que isso, a arbitragem pode representar caminho para soluções mais adequadas para muitas situações concretas de litígio. Com efeito, o fato de que o árbitro pode ser pessoa de outra área, que não a jurídica, pode contribuir para que se obtenha decisão mais adequada e com maior precisão. Realmente, em temas que exigem conhecimento específico em determinada área, será em regra muito mais apropriada uma decisão proferida por um especialista naquele campo do conhecimento do que por um juiz que, ainda quando auxiliado por um perito, não detém o conhecimento aprofundado a respeito do tema, ou não conhece de particularidades e práticas de determinada situação concreta.

Daí o interesse na previsão e na regulamentação da arbitragem pelo direito estatal. Em que pese tratar-se de medida colocada ao lado da jurisdição tradicional, mostra-se ela eficiente para lidar com certos tipos de conflito, contribuindo, ademais, para desafogar o Poder Judiciário e deformalizar as controvérsias.[1]

Costuma-se dizer que a arbitragem é *meio alternativo de pacificação social* (e de solução dos conflitos), colocada ao lado da estrutura jurisdicional do Estado, através da qual se atribui a alguém – por iniciativa e manifestação de vontade dos interessados – o poder de decidir certo litígio a respeito de interesses disponíveis, de forma cogente. A afirmação de que a arbitragem se constituiria em "meio alternativo" vem recebendo críticas pela doutrina, porque pressupõe a ideia de que haja um meio "normal" (a jurisdição estatal) e outros alternativos. Certamente, não é assim. O que de fato ocorre é que se deve por à

disposição das partes interessadas *vários* mecanismos, de modo que elas possam eleger aquele que se mostre o mais idôneo e mais efetivo. Fala-se assim, mais corretamente, em "modelo multiportas" de solução de controvérsias, de modo que as partes possam escolher o caminho (a porta) que se mostre mais adequada para a solução do caso concreto.

Trata-se de instrumento de natureza *privada* – não no sentido de que o Poder Público não o possa prover, mas sim porque é instalada exclusivamente pela vontade das partes, que *optam* por esta via de solução de litígios – em que se busca, em um terceiro (ou terceiros) imparcial, a solução para certo conflito surgido em relações intersubjetivas. Constitui-se, também, em instrumento de ordem *convencional*, já que compete aos interessados decidirem sujeitar certa controvérsia à decisão de um árbitro – "renunciando" à tutela jurisdicional tradicional – decidindo, outrossim, a respeito da extensão dos poderes outorgados àquele para eliminar os conflitos.

2. O caráter não jurisdicional da arbitragem

Muito se tem debatido a respeito da natureza jurisdicional ou não da atividade arbitral. A despeito dos significativos argumentos apresentados por ambas as correntes existentes, e não obstante a relevância da discussão – que é normalmente posta como premissa para o exame da possibilidade ou não de o árbitro conceder medidas de urgência (a exemplo de tutela cautelar ou antecipatória) –, não parece que a questão apresente intrincados meandros ou complexa solução.

Deveras, como é óbvio, a caracterização da arbitragem como jurisdição ou não depende, exclusivamente, da definição de jurisdição que se adota. De fato, dependendo da definição utilizada, pode ser mais fácil ou mais difícil enquadrar a arbitragem dentro da jurisdição.

De toda sorte, perante as definições clássicas que se tem de jurisdição, como se verá a seguir, parece ser impossível incluir a arbitragem em seu contexto. Isso não significa dizer, todavia, que diante de outra definição de jurisdição, hábil a explicar de forma coerente o fenômeno jurisdicional, diversa teria de ser a conclusão a respeito do caráter não jurisdicional da arbitragem.

Como se sabe, três são as principais teorias que buscam explicar a natureza da atividade jurisdicional. Embora as três possam desdobrar-se em diversas variantes, para a análise singela objetivada neste Curso, tomar-se-á cada uma delas pelo desenvolvimento dado pelos seus principais expoentes: ALLORIO, CARNELUTTI e CHIOVENDA.

Para o primeiro autor, a essência da jurisdição estaria no instituto da coisa julgada. De fato, segundo o autor, o poder de declarar o direito (com coisa julgada) é a nota fundamental da atividade jurisdicional: a forma do processo declaratório aliado à coisa julgada que ultima esta atividade é a representação nodal da função jurisdicional. Não há dúvida de que, dentro desta definição, a arbitragem não pode ser incluída como

jurisdicional. Embora a sentença arbitral seja dotada de estabilidade entre as partes, é certo que ela não é, nem de longe, tão intensa como a coisa julgada. Aliás, a Lei de Arbitragem autoriza, até mesmo, a discussão da sentença arbitral, dentro de certas circunstâncias, em juízo (arts. 31 a 33 da Lei 9.307/1996), o que indica que o fenômeno operado sobre aquela decisão não pode ser equiparado à coisa julgada. Assim, embora a arbitragem possua, em seu procedimento, a mesma forma declaratória exigida para caracterizar a jurisdição dentro desta perspectiva, falta-lhe a tônica da coisa julgada, que é essencial nesta visão para caracterizar aquela atividade.

Idênticos argumentos levam a rejeitar a possibilidade de enquadrar a arbitragem na definição de jurisdição de CARNELUTTI. Sabe-se que, de acordo com este autor, a jurisdição é a atividade do Estado responsável pela justa composição da lide. A princípio, poder-se-ia cogitar da adequação a esta definição do instituto da arbitragem. Realmente, a arbitragem tem por objetivo eliminar o litígio, que seria, ao menos aparentemente, a finalidade primeira da jurisdição no conceito carneluttiano. Entretanto, a referência contida na definição em apreço à "justa composição" não se refere propriamente a qualquer critério valorativo de justiça. Na verdade, a expressão designa a ideia de estabilidade e de decisão conforme a lei.[2] De fato, a ideia de "justa" presente na definição não expressa qualquer alusão à decisão equânime ou conforme ideais de justiça – o que, aliás, nem poderia ser diferente, já que não se pode excluir, *a priori*, que outras atividades (mesmo do Estado) representem solução justa (no sentido axiológico) a qualquer conflito. Ao contrário, "justo", na visão de CARNELUTTI, é o que se mostra como tal para o Direito estatal; por outras palavras, é o que o Estado diz que é justo, de forma definitiva e segundo as regras postas pela legislação estatal. De certo modo, pois, a teoria de CARNELUTTI deságua nas mesmas conclusões da teoria de ALLORIO, já que, em sua ótica, também é essencial, à jurisdição, a tônica da coisa julgada – representada, exatamente, pela noção do "justo", como a última palavra do Estado a respeito da justiça aplicada ao caso. Diante disso – e considerando essencial à visão carneluttiana de jurisdição a ideia de coisa julgada – pelas mesmas razões antes apontadas, também não se pode enquadrar a arbitragem no conceito de jurisdição para esta teoria.[3]

Por derradeiro, tem-se a ideia de CHIOVENDA a respeito de jurisdição, inquestionavelmente a mais difundida e aplicada em relação à matéria. Para este autor, a jurisdição representa "a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva".[4] A par de caracterizar a jurisdição como típica atividade estatal,[5] CHIOVENDA considera que ela só se exercita na medida em que faz atuar o Direito positivo estatal.[6] A arbitragem, todavia, pode realizar-se conforme a lei ou segundo critérios de equidade (art. 2.º da Lei 9.307/1996), sendo mesmo possível que as partes escolham as regras de direito que serão aplicáveis ou não ao caso. Nota-se, assim, que o compromisso que a arbitragem tem com a realização do direito estatal é mínimo, havendo nítido privilégio para a função pacificadora por ela exercida. De toda sorte, como não há

necessariamente na arbitragem a atividade voltada à aplicação do direito estatal, parece fácil descaracterizá-la como exercício de jurisdição, segundo essa teoria também.

De toda exposição feita, ainda que de forma incompleta e sumária, resulta a constatação de que a atividade arbitral não pode, *ao menos segundo as teorias de jurisdição que se costuma adotar atualmente*, ser tida como jurisdicional.[7] Isso, obviamente, não retira desta atividade a sua importância ou reduz sua utilidade. Por outro lado, isso também não elimina a conclusão de que a arbitragem deve orientar-se por certos princípios que informam, também, a atividade jurisdicional, a exemplo do devido processo legal.

Trata-se de simples conclusão tomada a partir dos requisitos considerados como essenciais para a caracterização da atividade jurisdicional dentro das principais teorias utilizadas na atualidade. Logicamente, isso pode trazer reflexos, especialmente no que se refere à possibilidade de árbitros concederem medidas de urgência. Partindo-se da premissa acima lançada – do caráter não jurisdicional da arbitragem – realmente resulta como indiscutível a conclusão de que não podem os árbitros exercer esse poder. Sempre deverá o interessado buscar tais medidas junto à jurisdição estatal, sendo claramente ineficaz qualquer decisão arbitral a este respeito.

Às críticas que se podem formular a essa conclusão, pode-se responder com simples argumento prático: de que serve uma medida urgente concedida por um árbitro, se – *ao menos na forma da legislação atual* – deve ela ser concretizada dentro do Poder Judiciário? Note-se, nesse passo, que o Poder Judiciário, para realizar essa decisão provisória arbitral, utilizaria do processo de execução, *indiscutivelmente inadequado para atender à urgência de qualquer situação*. Mais que isso, é lógico que, ao submeter esta decisão arbitral ao Poder Judiciário, autoriza-se também este órgão a perquirir a legitimidade daquela decisão, seja porque se trata de decisão provisória arbitral – que não se revestiria da estabilidade natural da sentença arbitral – seja em razão da autorização contida no art. 32 da Lei de Arbitragem,[8] combinada com o preceito descrito no art. 33, § 3.º, da mesma Lei.[9]

De tudo isso, apesar da louvável discussão a respeito do tema, não parece causar seu enfrentamento maior dificuldade. Nem parecem ser tão traumáticas as conclusões resultantes da opção pelo caráter não jurisdicional da arbitragem.

[1] O termo é de ADA PELLEGRINI GRINOVER (Deformalização do processo e deformalização das controvérsias, *Novas tendências do direito processual*, p. 179 e ss.).

[2] FRANCESCO CARNELUTTI, *Sistema de derecho procesal civil*, vol. 1, p. 89.

[3] CARNELUTTI, porém, salienta que a arbitragem, em seu entender, também não pode ser vista como uma forma de "equivalente jurisdicional", já que, embora não se trate de exercício de jurisdição, ocorre já no campo do processo, representando assim figura intermediária entre tais equivalentes e a verdadeira jurisdição (idem, p. 208).

[4]

GIUSEPPE CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*, vol. 2, p. 11.

[5]

Idem, p. 13.

[6]

CHIOVENDA exclui que, pela jurisdição, se pretenda diretamente proteger direitos subjetivos, focando o escopo desta atividade na proteção da lei estatal (v. a respeito, Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, vol. 1, p. 81-82).

[7]

V. MARINONI, ARENHART, MITIDIERO. *Curso de processo civil, vol. 1.*

[8]

Art. 32 da Lei 9.307/1996: "É nula a sentença arbitral se: I – for nulo o compromisso; II – emanou de quem não podia ser árbitro; III – não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV – for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; V – não decidir todo o litígio submetido à arbitragem; VI – comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII – proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII – forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2.º, desta Lei".

[9]

Art. 33, § 3.º, da Lei 9.307/1996, na redação que lhe deu o art. 1.061, do CPC: "§ 3.º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser requerida na impugnação ao cumprimento da sentença, nos termos do art. 525 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial".

2. Sujeitos e objeto da arbitragem

2.1. As partes e o objeto da arbitragem

De acordo com a previsão legal (art. 1.º da Lei 9.307/1996), apenas podem ser objeto da arbitragem direitos patrimoniais disponíveis. Ficam excluídos, pois, do uso da arbitragem, tanto direitos não patrimoniais como direitos indisponíveis.

A doutrina tem entendido que a fórmula utilizada pela lei de arbitragem é superior àquela empregada pelo CPC/73, em sua redação original. O art. 1.072 daquele diploma autorizava a arbitragem para o trato de "direitos patrimoniais, sobre os quais a lei admita transação". Entende-se que a previsão anterior era ambígua, sendo preferível a menção atual a direitos disponíveis patrimoniais. Não parece, todavia, ser adequada a crítica atualmente procedida. A rigor, o fundamental para o cabimento da arbitragem é a possibilidade de autocomposição sobre o interesse ou sobre o efeito discutido. Afinal, é possível imaginar direitos indisponíveis que geram *efeitos disponíveis*, sendo que sobre estes poder-se-á realizar a arbitragem.

Imagine-se o exemplo sempre citado dos alimentos. É certo que o direito a alimentos é indisponível, no sentido de que não se pode a ele renunciar. Porém, a quantificação do valor e a forma de prestá-los são aspectos perfeitamente disponíveis, sendo objeto frequente, como se sabe, de transação judicial. Ora, nada impediria que se sujeitassem esses efeitos disponíveis (ainda que dos direitos indisponíveis) à arbitragem, mesmo porque isso não implicaria qualquer restrição à existência ou à caracterização do direito indisponível em si.[1] Dessa forma, portanto, mesmo os direitos indisponíveis podem ser objeto de arbitragem, desde que em relação *aos efeitos disponíveis* que gerem. Mantém-se, dessa forma, a conclusão a que se chegava a partir da redação do dispositivo do Código de Processo Civil de 1973, revogado.

De outro lado, não se pode autorizar a arbitragem em relação a conflitos que exijam a intervenção obrigatória do Ministério Público como fiscal da lei. De fato, se a lei sujeitou este tipo de demanda judicial à fiscalização do Ministério Público, não é lícito subtrair a sua participação por meio do uso de procedimento paralelo (ao da jurisdição comum), burlando, por via oblíqua, a intenção do legislador.

Outra questão que merece observação diz respeito à possibilidade de arbitragem em relação às questões envolvendo entidades de direito público. Há inúmeras questões controvertidas apontadas em relação ao tema. Talvez a mais relevante esteja no campo de saber se os interesses da Administração Pública são sempre *indisponíveis* e, pois, insuscetíveis de serem submetidos à arbitragem. Em verdade, supor-se que os interesses públicos sejam sempre indisponíveis e, por isso, não sujeitos à arbitragem, evoca a mesma situação descrita acima, em relação aos direitos indisponíveis como um todo.

De fato, não se discute a respeito da indisponibilidade do interesse público. Todavia, é de se notar que este interesse nem sempre se confunde com o interesse da Administração Pública, e, mais que isso, ainda que se tenha ele como indisponível, não se pode negar que ele gere efeitos disponíveis. Recorde-se, a esse propósito, a prerrogativa dada à Administração Pública para transigir a respeito de interesses, a ela referidos, em processos judiciais (como nos Juizados Especiais, conforme prevê o art. 10, parágrafo único, da Lei 10.259/2001). Desde que, portanto, se trate de direitos disponíveis – da Administração Pública – ou de *efeitos disponíveis* de direitos indisponíveis de interesses públicos – e desde que não haja outro óbice à instituição da arbitragem, determinado por expressa vedação legal ou pela própria natureza especial da relação jurídica – pode-se sujeitar a questão ao juízo arbitral.[2] Aliás, há hoje diversos diplomas legais que expressamente autorizam o emprego da arbitragem como forma de solução de controvérsias envolvendo o Poder Público. Assim, por exemplo, ocorre em matéria de concessão se serviços públicos (art. 23, XV, da Lei 8.987/95) e de solução de conflitos decorrentes de parceria público-privada (art. 11, III, da Lei 11.079/04). O fundamental, portanto, é considerar o caráter disponível ou não do interesse sujeito à arbitragem.

Nesse sentido, prevê o art. 1º, § 1º, da Lei de Arbitragem (na redação da da pela Lei 13.129/2015) que a administração pública, seja a direta, seja a indireta, pode submeter-se à arbitragem para dirimir conflitos referentes a direitos patrimoniais e disponíveis. A previsão põe pá de cal sobre a discussão, tornando indiscutível o cabimento dessa técnica de solução de controvérsias também para o Poder Público. Todavia, havendo a presença desse sujeito na arbitragem, impõem-se tanto a aplicação do direito nacional, como a observância da publicidade (art. 2º, § 3º, da Lei de Arbitragem, na redação dada pela Lei 13.129/2015), sendo vedado o sigilo.

Poderão sujeitar-se à arbitragem, apenas, as pessoas capazes (art. 1.º da Lei 9.307/1996). A capacidade aqui indicada não é a capacidade processual, mas sim a capacidade civil plena. Vale dizer que apenas as pessoas absolutamente capazes, nos termos da legislação civil – pessoas naturais não constantes das hipóteses esculpidas nos arts. 3.º e 4.º do CC, com as modificações impostas pela Lei 13.146/2015, e pessoas jurídicas regularmente constituídas – podem sujeitar conflitos à arbitragem. Excluem-se, pois, do âmbito deste meio alternativo de solução das controvérsias os incapazes que não possam atuar em juízo sozinhos, as pessoas jurídicas irregulares (com a ressalva de que, eventualmente, seus dirigentes, porque se confundem com tais pessoas jurídicas, poderão sujeitar as questões à arbitragem) e as entidades despersonalizadas, a exemplo da massa falida, do condomínio, do espólio ou da herança jacente. Em relação a estas últimas, cabe observar que têm elas, excepcionalmente, capacidade processual (de ser parte), o que, porém, somente as legitima a *apresentarem-se em processo judicial em nome próprio* (art. 75 do CPC) – por expressa determinação da lei processual – o que não implica qualquer outra concessão de personalidade ou capacidade para fins distintos, *especialmente para transigir sobre direitos* e*, a fortiori*, para sujeitar-se à arbitragem.

Exige-se, por outro lado, que os sujeitos possam manifestar livremente sua vontade. Realmente, para que seja válida a opção pela arbitragem, é necessário que a vontade de ambos os litigantes esteja livremente determinada na convenção de arbitragem. Assim como ocorre na transação, não basta apenas que uma das partes deseje que o direito não seja levado à solução do Judiciário.

2.2. O árbitro

A lei disciplina a figura do árbitro, estabelecendo que qualquer pessoa, que seja *capaz* e que goze da confiança das partes pode sê-lo, independentemente de formação específica, qualidade própria ou outra condição especial (art. 13 da Lei 9.307/1996). Mais importante, pois, do que a qualificação possuída pelo sujeito, importa que nele convirja a confiança dos sujeitos que pretendem submeter certo litígio à arbitragem. Essa característica é essencial à própria função da arbitragem. De fato, a renúncia à jurisdição tradicional e mesmo a impossibilidade de insurgir-se contra a decisão arbitral (pela inexistência, no processo arbitral, da figura do recurso) faz com que se ponha, sobre os ombros do árbitro, severa responsabilidade, que somente pode ser bem desenvolvida se essa pessoa tiver a plena confiança das partes. Mais que isso, este crédito pode tornar-se fundamental para compelir as partes a aceitar a decisão arbitral, evitando-se o máximo possível submeter a sentença arbitral a posterior execução frente ao Poder Judiciário.

A lei, por outro lado, autoriza a formação de um tribunal arbitral, composto por mais de um árbitro. Não é, então, necessário que as partes designem apenas uma pessoa para decidir sua controvérsia. A faculdade é certamente elogiável, seja porque permite que cada qual dos interessados indique alguns dos julgadores, seja porque permite a formação de corpo de árbitros que reúna pessoas com formações ou especializações diferentes, oferecendo órgão multidisciplinar para o julgamento de questões de maior complexidade.

A única ressalva feita pela lei é no sentido de que os árbitros – no caso do tribunal arbitral – sejam em número ímpar (art. 13, § 1.º, da Lei 9.307/1996), o que se justifica para evitar qualquer possibilidade de "empate" na solução da arbitragem. Não optando pela escolha destes, poderão as partes estabelecer procedimento para a sua eleição, ou utilizar-se de critérios empregados por entidade ou instituição especializada em arbitragem. De toda sorte, sempre que as partes se limitarem a indicar árbitros em número par, a lei presume estarem os árbitros nomeados autorizados a indicar um outro, a fim de compor o *quorum* suficiente para instituir-se a arbitragem. Para a escolha deste outro, não havendo acordo entre os árbitros, a solução será recorrer ao Poder Judiciário para a sua indicação, competindo então ao magistrado – a quem competiria originalmente conhecer do litígio – decidir a respeito da nomeação do outro árbitro (art. 13, § 2.º).

Não poderão atuar, como árbitros, as pessoas que possuam, com as partes ou com o litígio, qualquer comprometimento, apuradas segundo as causas de impedimento e suspeição previstas pela lei processual (arts. 144, 145 e 147 do CPC). Havendo qualquer desses motivos, compete ao árbitro apontá-lo desde logo, a fim de que a parte o substitua,

se assim entender conveniente. Do mesmo modo, cumpre a ele, diante dessa causa, recusar sua nomeação, sob pena de poder ser responsabilizado futuramente por isso.

A parte, por sua vez, não poderá, tendo aceitado a indicação de árbitro que sabia suspeito ou impedido, pretender recusá-lo. A recusa, em tais casos, apenas pode dar-se por razão superveniente à nomeação, admitindo-se a recusa por fato anterior apenas quando a parte não tiver nomeado diretamente o árbitro ou quando o motivo para recusa deste somente veio a ser conhecido ulteriormente (art. 14, § 2.º, da Lei 9.307/1996).

Para as hipóteses em que o árbitro (ou os árbitros) não possa (não possam) desempenhar sua atividade por qualquer razão – *v.g.*, sua recusa ou seu falecimento – prevê, a lei, a indicação de árbitro(s) substituto(s). Este deverá ser indicado no compromisso celebrado ou, sendo omisso este pacto, cumprirá às partes acordarem o modo de sua escolha. Não havendo acordo a respeito e não tendo estabelecido as partes algum critério para a escolha deste substituto, será necessário socorrer-se do Poder Judiciário para a eleição deste ou – caso as partes tivessem pactuado não aceitar substituto – para a solução judicial da controvérsia (art. 16, §§ 1.º e 2.º).

A Lei de Arbitragem equipara o árbitro a um servidor público para fins penais (art. 17). Isso significa dizer que o árbitro, em agindo de forma ilícita, se sujeita às penas previstas para os tipos específicos contemplados como crimes contra a Administração Pública praticados por servidores públicos. Assim, por exemplo, pode o árbitro ser sujeito ativo de crimes como corrupção passiva, prevaricação ou concussão.

[1] Nesse sentido, v. tb., CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 56/57.

[2] Vale salientar que a jurisprudência tem entendido nesse sentido (v., por exemplo, *RTJ* 68/382), em que pese a opinião contrária do Tribunal de Contas da União (*v.g.*, Processo TC-005.250/2002-5, 2.ª Câm. ata número 12/2003, de 10.04.2003).

3. A convenção de arbitragem

A Lei de Arbitragem, na esteira das mais avançadas legislações similares, adotou a expressão *convenção de arbitragem* para o acordo no qual as partes interessadas submetem a solução de seus litígios ao juízo arbitral, seja por meio de *cláusula compromissória*, seja por meio de *compromisso arbitral* (art. 3.º da Lei 9.307/1996).[1] Tanto a cláusula compromissória como o compromisso arbitral são, pois, espécies de convenção de arbitragem, que é o pacto através do qual se sujeita alguma questão (presente ou futura) ao juízo arbitral. A cláusula compromissória se refere à inclusão de cláusula em contrato, com a previsão da opção pela arbitragem como técnica de solução de eventuais controvérsias. Já o compromisso arbitral constitui um contrato especificamente confeccionado para prever o emprego da arbitragem – eventualmente com as regras sobre seu funcionamento – como mecanismo de solução do conflito.

Os dois instrumentos podem ser utilizados para viabilizar a arbitragem, embora possuam, cada qual, finalidades distintas. Em outros termos, o legislador brasileiro conferiu funções diversas à cláusula compromissória e ao compromisso arbitral.

Além da diferença tópica (a cláusula está sempre inserida em contrato ou a ele adere), existe entre as referidas figuras diferença temporal, da qual decorre a diversa regulamentação. A cláusula refere-se sempre ao futuro, característica que ressalta da definição legal: "(…) *as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem* os litígios que possam vir a surgir*, relativamente a tal contrato*" (art. 4.º da Lei 9.307/1996).[2] Isto significa – se o contrário não for estipulado pelas partes – que *qualquer litígio* que se origine do contrato no qual está inserida a cláusula – ou o contrato a que ela faça referência – será submetido à arbitragem. A regulamentação constante dos dispositivos seguintes (arts. 4.º ao 8.º da Lei 9.307/1996) confirma essa característica: *a cláusula é escrita para o futuro*. Alude-se, nesse passo, à cláusula compromissória *cheia* e a *vazia*. *Cheia* será a cláusula em que estão determinados todos os elementos essenciais para a instituição da arbitragem (podendo ainda prever outros requisitos, facultativos para a instalação do juízo arbitral); *vazia* será a cláusula em que tais elementos não estão contemplados, ficando sua estipulação diferida para o momento em que a arbitragem efetivamente se mostre necessária, ou seja, para serem fixados no compromisso arbitral.

Exige-se que a cláusula compromissória seja sempre estipulada por escrito, seja no corpo do próprio contrato ou em documento apartado (art. 4.º, § 1.º, da Lei 9.307/1996). Tratando-se de contrato de adesão, exigem-se condições especiais para a previsão da arbitragem: a cláusula que a contempla somente será válida se o aderente ou tomar a iniciativa na previsão da sua instituição, ou concordar expressamente com esta, por escrito em documento anexo ou em cláusula destacada, com a assinatura ou visto especial para esta previsão (art. 4.º, § 2.º, da Lei 9.307/1996). A cláusula compromissória é autônoma

em relação ao contrato em que é inserida, de modo que a nulidade deste não importa a daquele (art. 8.º da Lei 9.307/1996); a previsão é relevante, na medida em que, por óbvio, muitas vezes pode o árbitro ser convocado a decidir, precisamente, sobre a nulidade do contrato em que se previu a arbitragem, criando-se situação constrangedora se outra fosse a solução legal.

No *compromisso arbitral*, efetivamente, *regula-se o presente*, pois seu pressuposto é a existência de litígio: "*o compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem* um litígio *à arbitragem de uma ou mais pessoas* (...)" (art. 9.º da Lei 9.307/1996). Igualmente, a normatização constante dos dispositivos seguintes confirma o caráter de atualidade. É no compromisso que se estipulam todos os elementos necessários à constituição e ao desenvolvimento da arbitragem. Este compromisso pode ser *judicial* – celebrado por termo nos autos, na pendência de demanda a respeito de litígio, em que é oferecida a solução arbitral à questão – ou *extrajudicial* – realizado por escrito particular, desde que assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

Este compromisso deve conter, obrigatoriamente, sob pena de nulidade da arbitragem, os requisitos do art. 10, podendo ainda contemplar os elementos do art. 11 da Lei 9.307/1996. Observe-se que, dentre as autorizações contidas no art. 11, consta a possibilidade de as partes elegerem o emprego do julgamento por equidade (inc. II) ou a "indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem" (inc. IV). Vale dizer: as partes não estão necessariamente submetidas ao direito nacional para a solução arbitral; podem escolher outro ordenamento jurídico ou, se preferirem, eleger a legislação que deve ser observada no julgamento do controvérsia.[3]

O fato de o legislador ter mantido as duas formas de opção pela arbitragem, dando-lhes regulação diversa, leva a concluir pela obrigatoriedade do compromisso, hipótese somente descartada diante de uma cláusula compromissória "cheia", ou seja, que contenha todos os requisitos necessários à instituição e desenvolvimento da arbitragem, previstos no art. 10[4] (requisitos essenciais do compromisso) e no art. 11[5] (requisitos opcionais do compromisso).

O compromisso não exige que haja previsão anterior da opção pela arbitragem em cláusula contratual. Mas a cláusula, embora vincule as partes ao julgamento pela arbitragem, não é normalmente suficiente (excetuada a hipótese acima descrita) para que esta se processe validamente, pois é na oportunidade do compromisso que as partes, em geral junto com os árbitros, decidirão a respeito dos seus elementos essenciais (requisitos do art. 10). Estes, ao lado de outros elementos que as partes e os árbitros tenham escolhido para integrar o conteúdo do compromisso, vinculam os árbitros e determinam sua competência.

Eventualmente, havendo previsões a respeito do procedimento a ser empregado pela arbitragem, mas surgindo controvérsia a respeito de seus termos, pode o árbitro (ou o tribunal arbitral) convocar as partes para firmar adendo à convenção de arbitragem, de

modo a esclarecer os pontos necessários (art. 19, § 2.º, da Lei de Arbitragem, na redação dada pela Lei 13.129/2015).

Repetindo-se o anteriormente afirmado, *no compromisso as partes devem definir e delimitar a matéria posta à consideração dos árbitros, o que constitui sua principal função*. No compromisso dispensa-se a expressa opção pela arbitragem, uma vez que ele próprio já a revela, mas a "definição da matéria" deve ser expressa e clara, sob pena de nulidade. No compromisso, a "matéria" tem que ser fixada em seus exatos limites, pois estes, se não observados pelos árbitros, tornam viciada a sentença.

Em resumo: *admite-se que quando da celebração de um contrato estipule-se a cláusula – chamada de cláusula compromissória – de que os futuros e eventuais litígios que decorrerem do contrato devem ser submetidos à arbitragem. Mas quando o conflito já existe – e assim não é incerto e eventual no futuro –, deve-se firmar compromisso de arbitragem, definindo-se precisamente – como exige a Lei de Arbitragem – os limites da matéria que se pretende submeter à arbitragem*.

Perceba-se que um mesmo fato pode dar origem a vários pedidos. Assim, por exemplo, se alguém cometeu um ato supostamente ilícito, aquele que o sofreu pode pretender receber indenização relativa aos chamados "lucros cessantes" e pertinente aos denominados "danos emergentes". Além disto, aquele que sofreu os danos pode pretender imputar àquele que teria cometido o ilícito, culpa ou dolo. Ora, se não há definição da controvérsia, não é possível saber se foi deferida aos árbitros a possibilidade de apreciar a questão relativa aos danos emergentes e aos lucros cessantes, ou mesmo se os árbitros podem averiguar se houve culpa ou se houve dolo.

Presente a cláusula compromissória, surgindo algum conflito por ela referido, qualquer dos interessados poderá convocar o outro a se sujeitar à arbitragem, por via escrita ou por qualquer meio de comunicação (com prova de recebimento), indicando-lhe dia, hora e local para ser firmado o *compromisso arbitral* (art. 6.º da Lei 9.307/1996). Logicamente, esta formalidade estará dispensada no caso de cláusula *cheia*, como já visto, uma vez que os requisitos para a arbitragem já estão contemplados neste instrumento.

Caso o convocado não compareça para firmar o compromisso, ou ainda quando se negar a submeter-se ao juízo arbitral, poderá ele ser obrigado a sujeitar-se à arbitragem, por meio de demanda judicial (art. 6.º, parágrafo único, e art. 7.º da Lei 9.307/1996). No início deste processo, em audiência, tentará o juiz a conciliação das partes a respeito da lide ou, então, buscará fazer as partes sujeitarem-se voluntariamente à arbitragem (art. 7.º, § 2.º). Frustradas estas medidas, cumprirá ao juiz, na própria audiência ou no prazo de dez dias, decidir a questão, estabelecendo os termos do compromisso, podendo nomear árbitro (caso as partes não concordem neste particular), valendo a sentença judicial como compromisso arbitral. Não comparecendo o autor à audiência designada, sem justificativa, o juiz extinguirá o processo sem exame de mérito; caso o réu não compareça ao ato,

cumprirá ao juiz, de imediato, decidir a respeito do conteúdo do compromisso, ouvido o autor (art. 7.º, §§ 5.º e 6.º, da mesma Lei).

[1] Art. 3.º da Lei 9.307/1996: "As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral".

[2] Art. 4.º da Lei 9.307/1996: "A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato".

[3] Essa possibilidade, sublinhe-se, não existe na arbitragem que envolva o Poder Público, quando é obrigatória a observância do direito nacional e da publicidade (art. 2.º, § 3.º, da Lei de Arbitragem, na redação dada pela Lei 13.129/2015).

[4] Art. 10 da Lei 9.307/1996: "Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral: I – o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes; II – o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros; III – a matéria que será objeto da arbitragem; e IV – o lugar em que será proferida a sentença arbitral".

[5] Art. 11 da Lei 9.307/1996: "Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter: I – local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem; II – a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes; III – o prazo para apresentação da sentença arbitral; IV – a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes; V – a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e VI – a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros. Parágrafo único. Fixando as partes os honorários do árbitro, ou dos árbitros, no compromisso arbitral, este constituirá título executivo extrajudicial; não havendo tal estipulação, o árbitro requererá ao órgão do Poder Judiciário que seria competente para julgar, originariamente, a causa que os fixe por sentença".

4. O procedimento da arbitragem

4.1. Questões gerais

A lei brasileira não estabelece procedimento específico para o desenvolvimento da arbitragem, deixando ao alvitre dos interessados – ou subsidiariamente ao do árbitro – a eleição do rito a ser seguido (art. 21, *caput* e § 1.º, da Lei 9.307/1996). De fato, desde que obedecidos os princípios estabelecidos pelo § 2.º do art. 21, qualquer procedimento utilizado é tido como válido, mormente porque estabelecido em concordância com o interesse das partes.

Consequentemente, o procedimento da arbitragem é de livre escolha dos interessados. Esta liberdade apenas é restringida pela exigência de que sejam sempre respeitados os princípios – que, aliás, têm *status* constitucional – do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e do seu livre convencimento. Tais princípios constituem, como cediço, o núcleo da garantia do devido processo legal (estampado no art. 5.º, LV, da CF), que deve ser respeitado em qualquer espécie de processo, judicial ou não. De fato, se ninguém pode ser privado de seus bens sem o devido processo legal, é certo que esta regra – que não apresenta condicionante qualquer – não se pode aplicar exclusivamente às atuações estatais tendentes a esta privação de bens, mas também à iniciativa privada que conduza ao mesmo resultado.

Não se pode, por conta disso, aceitar – *ainda com a concordância das partes do processo arbitral* – o estabelecimento de procedimento que não admita, *ou que restrinja* o direito ao contraditório e à ampla defesa. Sequer se pode – dada a função e a essência do processo arbitral – admitir o chamado *contraditório diferido*, ou seja, aquele realizado *após a prolação de decisão provisória* pelo juízo arbitral. Isto porque a arbitragem não tem o escopo de lidar com situações de urgência,[1] nem é dotada das garantias necessárias a controlar esta postecipação do contraditório. Assim, considerando que esse *contraditório diferido* – do mesmo modo como o *contraditório limitado*, que não admite o exame aprofundado dos fatos ou a dedução de toda matéria pertinente ao caso – é excepcional, apenas se justificando se presente alguma outra garantia constitucional em risco (aplicando-se o critério da proporcionalidade, que somente pode ser adequada e definitivamente examinado pelo Poder Judiciário), resta patente que não pode ele ser tolerado no processo arbitral, mesmo com a aceitação dos interessados.

O mesmo se deve dizer a respeito da igualdade. Qualquer violação a esta garantia nulifica o processo arbitral e a sentença dela decorrente. Note-se que a igualdade aqui indicada é aquela meramente *formal* – no sentido de que as partes devem ser tratadas de forma absolutamente igual, sem qualquer espécie de privilégio ou distinção – e não a *material*. Como se sabe, as considerações a respeito da isonomia material implicam tratar

os sujeitos de forma igual *apenas na medida de sua igualdade*, mas de maneira desigual *na proporção de suas desigualdades*. A avaliação, porém, desses critérios de igualdade ou não da situação em que se põe o sujeito só encontra intérprete adequado no Poder Judiciário – mesmo porque somente ele pode dizer, em última palavra, qual o sentido e a aplicação que merece esta garantia constitucional, em sua dimensão maior, que é a da igualdade material. Por isso, não se pode admitir que as partes (ou mesmo o árbitro) se arroguem na condição de estabelecer estas condições de igualdade ou desigualdade de situação, de modo a determinar distinto tratamento processual. Assim sendo, parece ser correto entender que a igualdade referida no texto há de ser aquela que considera em situação *absolutamente igual* as partes, desconsiderando qualquer variação nas condições específicas delas dentro do processo.

No que toca à imparcialidade do árbitro, é ela, até mesmo, condição nodal para a existência válida da arbitragem. Não se pode sequer pensar em arbitragem se não se tem, na figura do árbitro, uma pessoa equidistante do litígio. Por imparcialidade, todavia, não se deve tomar a sua neutralidade. Árbitro neutro é o árbitro passivo, que não se interessa nem se esforça por dar a solução mais adequada ao litígio posto à sua apreciação. Não é isso que se quer, evidentemente. Não se pretende que o árbitro seja sujeito passivo, que espera, contemplativo, pelas provas e elementos trazidos pelas partes, sem poderes para buscar a melhor solução à controvérsia. A lei, a propósito, dota claramente o árbitro de poderes instrutórios de ofício (art. 22 da Lei 9.307/1996), o qual pode, então, buscar, mesmo ausente requerimento específico das partes, as provas que entender necessárias ao desenvolvimento e sua função.[2] Quando a lei exige que o árbitro seja imparcial, portanto, impõe o dever de que ele se ponha na condição de equidistante das partes e de suas pretensões, analisando com independência o caso a ele submetido. Esta é a exigência da lei, que não se confunde, evidentemente, com sua passividade ou neutralidade.

A fim de garantir a imparcialidade do árbitro, autoriza a lei que as partes apontem qualquer causa de impedimento ou de suspeição dele (avaliadas segundo as causas contempladas pelo CPC – arts. 144, 145 e 147), na primeira oportunidade que o interessado tiver para falar no procedimento, após instituída a arbitragem (art. 20 da Lei 9.307/1996). O momento em questão não deve ser visto como peremptório, ou seja, será sempre possível arguir-se o impedimento ou a suspeição do árbitro, mesmo após aquele instante primeiro. Assim, deve ser porque é pressuposto fundamental da arbitragem a imparcialidade do árbitro, de forma que ausente esta, será *sempre* nula a decisão arbitral, não se cogitando na hipótese de convalidação do ato por conta de coisa julgada (que sequer existe no instituto).

Aliás, é bom notar que a própria lei ressalva a possibilidade de reexame da questão da imparcialidade do árbitro em juízo, posteriormente, exatamente a indicar que não há qualquer preclusão sobre esta questão (art. 20, § 2.º, *in fine*).[3] A arguição de impedimento e de suspeição, como salienta o art. 15 da Lei 9.307/1996, deve ser apresentada em peça

fundamentada, devidamente instruída (ou com a indicação das provas necessárias à demonstração do motivo da parcialidade), diretamente ao árbitro ou ao presidente do tribunal arbitral. Acolhida a alegação, o árbitro será substituído – na forma estipulada pelo compromisso arbitral ou segundo os critérios indicados no art. 16, § 2.º. Caso contrário, rejeitada a arguição, seguirá o procedimento seu curso, sendo possível ao interessado impugnar a imparcialidade do árbitro na via judicial, por meio da ação de que trata o art. 33 da Lei 9.307/1996.

Impõe a Lei de Arbitragem, ainda, o respeito ao princípio do livre convencimento do árbitro. Por livre convencimento não se deve entender a plena liberdade do árbitro em formar sua convicção, com qualquer elemento (presente ou não nos autos do procedimento arbitral), independentemente de justificação das razões que formam seu entendimento. Em verdade, o princípio que realmente informa a arbitragem é o do convencimento *motivado*, também chamado de *persuasão racional* do árbitro. De fato, o princípio em questão é o mesmo estabelecido no art. 371, do CPC, que impõe que a formação da convicção se dê, apenas, com os elementos presentes nos autos do processo arbitral, sem permitir ao julgador valer-se de elementos outros, dos quais tenha conhecimento, mas que não foram trazidos ao debate em contraditório. Mais que isso, este princípio impõe que o árbitro *justifique* sempre as razões que o levaram a dar maior valor a certa prova, em detrimento de outra (em sentido contrário).

De fato, não se concebe possa o árbitro decidir sem fundamentar as razões do seu convencimento. A motivação da decisão arbitral é elemento que se impõe não apenas porque decorre necessariamente da garantia do devido processo legal – que, como visto acima, é inerente também ao processo arbitral – mas ainda por expressa previsão legal, contemplada no art. 26, II, da Lei de Arbitragem. A fundamentação, por óbvio, não pode limitar-se ao exame das questões de direito debatidas, mas há de estender-se também (e com muito maior frequência e intensidade) à matéria de fato trazida ao exame do árbitro. Daí a razão pela qual a menção ao livre convencimento deve ser vista como indicação, em realidade, ao princípio do convencimento motivado do árbitro.

Outro princípio que sempre norteia o processo arbitral é o da conciliação. De fato, como preceitua o art. 21, § 4.º, compete sempre ao árbitro ou ao tribunal arbitral – e independentemente da existência ou não de previsão a respeito no compromisso arbitral – tentar, no início do procedimento, conciliar as partes. Sempre será, com efeito, mais desejável a autocomposição do conflito se comparada com qualquer forma de heterocomposição. A tônica da solução dos conflitos, hoje, é posta na pacificação social, de forma que sempre se prefere a solução amigável, proposta pelas próprias partes, à decisão imposta por terceiro.

Dentro dos princípios acima enumerados, as partes têm plena liberdade de dispor sobre a forma pela qual deve conduzir-se a arbitragem. Mesmo as demais regras de procedimento estabelecidas no Capítulo IV da Lei de Arbitragem devem ser consideradas de cunho dispositivo, ou seja, somente prevalecem na ausência de previsão em contrário

no compromisso arbitral. Desse modo, desde que observados os princípios fundamentais antes indicados, as partes têm liberdade para estipular a forma do procedimento a ser seguido pelo árbitro da forma que melhor lhes aprouver. Apenas quando ausente previsão sua a respeito é que o árbitro – ao fixar a sucessão de atos do processo – deverá pautar-se pelos critérios indicados nos arts. 18 a 22 da Lei 9.307/1996.

Segundo estes critérios, de todo modo, é de se ter por instaurada a arbitragem com a aceitação pelo árbitro (ou pelos árbitros), de sua nomeação (art. 19). Pode haver a elaboração de um adendo ao compromisso, por intermédio do qual as partes esclarecerão alguma questão do pacto de arbitragem (art. 19, parágrafo único). É cabível, aqui, estabelecer regras procedimentais antes não previstas, ou ainda especificar critérios antes determinados, a fim de que o árbitro possa desempenhar seu trabalho com maior precisão, dentro dos parâmetros indicados pelas partes.

A instauração da arbitragem implica a interrupção da prescrição, "retroagindo à data do requerimento de sua instauração", mesmo quando extinta a arbitragem por defeito de atribuição ou competência (art. 19, § 2.º, da Lei de Arbitragem, na redação da da pela Lei 13.129/2015).

A lei determina que a alegação de qualquer questão processual – tal como a incompetência, a suspeição e o impedimento (como visto) ou qualquer causa de nulidade ou ineficácia da convenção de arbitragem (e *a fortiori* do procedimento arbitral) – deve ser feita na primeira oportunidade em que a parte puder manifestar-se no feito (art. 20). Como já dito, não se deve entender como preclusiva esta oportunidade já que o tema poderá, posteriormente, ser apreciado pelo Poder Judiciário por via da ação de nulidade do art. 33 da Lei 9.307/1996. Ora, se há esta possibilidade, razões ainda mais intensas recomendam sua apreciação internamente ao processo arbitral, a qualquer momento, mesmo para se evitar o recurso ao Judiciário para resolver questão que poderia bem ser tratada no âmbito do juízo arbitral. De toda sorte, acolhida a alegação de vício processual (excetuada a suspeição ou o impedimento, que gerará a substituição do árbitro) serão as partes encaminhadas ao Poder Judiciário para a solução da controvérsia (art. 20, § 1.º).

No procedimento arbitral, não é obrigatória a participação de advogados, embora possam as partes ser assistidas por esse profissional – ou ainda por outro, de outra especialidade ou apenas de sua confiança, recomendada para o exame do caso concreto (art. 21, § 3.º).

Em matéria de prova, tem o árbitro (ou o tribunal arbitral) amplos poderes instrutórios. Todos os meios de prova podem ser realizados no procedimento arbitral, de ofício ou a requerimento de qualquer dos interessados. A colheita da prova oral (depoimento das partes e oitiva de testemunhas) será feita por termo (assinado pelo depoente – ou a seu rogo – e pelo árbitro) em data e local previamente comunicados por escrito às partes. Não comparecendo a parte ao ato de seu depoimento, sua ausência será considerada como elemento probatório por ocasião da sentença; faltante a testemunha, solicitará o árbitro à

autoridade judiciária sua condução coercitiva, bastando para isso a prova da existência da convenção de arbitragem (art. 22, § 2.º). Havendo substituição de árbitros, no curso do procedimento, poderá o substituto repetir as provas já produzidas.

A lei também trata do instituto da revelia, não lhe atribuindo, porém, idênticos efeitos aos previstos pelo CPC. Limita-se a lei a dispor que a revelia da parte não impedirá a prolação da sentença arbitral. Não há, porém, qualquer imposição de efeitos materiais ou processuais decorrentes da revelia, que deverão, para incidir, estar previstos no compromisso arbitral.

Poderá, ainda, suceder que, no curso da arbitragem, sobrevenha questão referente a direito indisponível, que seja prejudicial ao exame do litígio submetido à arbitragem. Presente esta questão prejudicial – cuja apreciação compete exclusivamente ao Poder Judiciário, por força da intrínseca ligação da arbitragem, exclusivamente, a questões de direitos que admitem transação – cumprirá ao árbitro remeter as partes ao órgão jurisdicional competente para a solução do tema, suspendendo o curso da arbitragem. Julgada a questão (por sentença ou acórdão transitado em julgado) terá prosseguimento a arbitragem, tomando-se a decisão judicial como pressuposto para o exame do litígio sujeito ao juízo arbitral (art. 25 da Lei 9.307/1996).

4.2 Medidas de urgência em arbitragem

Tema que sempre suscitou controvérsia no direito brasileiro diz respeito à efetivação de provimentos de urgência referentes a questões submetidas à arbitragem. É corrente a orientação doutrinária[4] no sentido de que o árbitro possui o poder de outorgar tutelas de urgência (decidindo a seu respeito), ficando, porém, sua efetivação (e apenas esta) a cargo do Poder Judiciário. Afirma-se que o "juízo" a respeito da concessão ou não da medida de urgência é de competência exclusiva do árbitro – sequer podendo ser revista pelo Poder Judiciário – recorrendo-se à estrutura estatal tão somente para concretizar-se a "ordem" concedida pelo árbitro.

Essa orientação mostrou-se tão importante que recebeu positivação, por meio do regime novo de tutela de urgência em arbitragem, estabelecido pelos arts. 22-A e 22-B, da Lei de Arbitragem, inserido pela Lei 13.129/2015.

Para sustentar essa ideia, recorre a doutrina que alimentou essa alteração legislativa à natureza jurisdicional que se procura dar à arbitragem. Como visto anteriormente, porém, nas definições atualmente utilizadas pela ciência processual para definir a jurisdição, não há a possibilidade de inserir-se o instituto da arbitragem. De todo modo, ainda que não se cogitasse daquela análise – estritamente teórica a respeito da definição de jurisdição – a solução para a questão seria idêntica.

De fato, sob outro ponto de vista, costuma-se dizer que a arbitragem deve ser considerada como jurisdição, pois, em não sendo assim, haveria inconstitucionalidade em

negar ao particular o acesso ao Poder Judiciário diante da opção pela arbitragem. Como se sabe, o art. 5.º, XXXV, da CF prevê que não se pode excluir da apreciação do Poder Judiciário (*rectius*, da jurisdição) qualquer lesão ou ameaça a lesão de direito. Considerando que a arbitragem impede o recurso ao Poder Judiciário, a única forma de garantir a constitucionalidade deste procedimento, na ótica desta parte da doutrina, seria atribuir a ela, também, caráter jurisdicional (como atividade delegada do poder público). De fato, o árbitro, dentro de certos limites, exerce a tarefa que poderia ser atribuída ao juiz (e assimilada à deste), mas isto não significa, como é lógico, que a função do árbitro privado possa ser equiparada a de um juiz.

A diferença entre a tarefa do árbitro e a tarefa do juiz reside no fato de que somente o segundo pode exercer o poder do Estado. Dentro de um Estado de Direito, o poder jurisdicional é absolutamente fundamental, e este apenas pode ser exercido pelos juízes (ou por agentes públicos a eles assimilados). Desta maneira, não há que se falar em inconstitucionalidade pelo simples fato de as partes, usando livremente da sua vontade, terem optado pela arbitragem. Quando alguém opta pela arbitragem não há delegação de algo que não pode ser delegado – o poder jurisdicional – mas simplesmente exercício de uma faculdade que os litigantes têm em suas mãos como corolário do princípio da autonomia da vontade.

Se na arbitragem não há exercício do poder atribuído aos juízes, é evidente que há diferença entre a função que pode ser desempenhada pelo árbitro e aquela que é designada ao juiz. Não é o fato de um juiz ser diferente de um árbitro, como o funcionário público difere de um particular, que explica a diversidade das situações, mas sim o poder que somente pode ser entregue nas mãos do juiz. Poder-se-ia, então, falar em jurisdição estatal e "jurisdição" privada – já que a tarefa declarativa do árbitro também faz parte das atribuições entregues ao juiz –, desde que compreendido que o poder do juiz situa-se em um plano diferente ao da arbitragem. A questão do poder jurisdicional tem relação com o conceito de Estado, ao passo que a arbitragem apenas relaciona-se com a autonomia da vontade.

Na verdade, a discussão em torno da inconstitucionalidade da arbitragem foi desvirtuada, pois jamais se pretendeu excluir o cidadão do direito de buscar o poder jurisdicional, *mas apenas regular uma forma de manifestação da vontade*. O fato de um árbitro privado poder solucionar a controvérsia que antes seria levada ao Judiciário não significa uma usurpação do poder jurisdicional. Em resumo: a tarefa do árbitro e a tarefa do juiz, em um sentido, podem ser iguais, já que ambas visam à pacificação social, mas quando se confere tal tarefa ao árbitro não se transfere a ele o poder do Estado.

Precisamente por esta razão – *pelo fato de que o árbitro não pode exercer o poder do Estado* (*imperium*) – é que não se pode admitir que possa ele outorgar providências de urgência. A arbitragem pode ser imaginada como uma forma especial de transação, em que, ao invés de disporem as partes diretamente sobre o direito que entendem possuir,

dispõem elas *indiretamente*, atribuindo, a um terceiro, o critério sobre como será feita a renúncia (parcial ou total) do direito supostamente existente. É exatamente nesse sentido que se disse acima, que a arbitragem é sobretudo modo especial de regular a manifestação de vontade. O árbitro apenas pode fazer aquilo que se coloca (originalmente) no campo de disposição das partes a respeito do direito submetido ao processo arbitral. Ora, as medidas de urgência não constituem elemento contido no poder de disposição das partes, *revelando-se antes como expressão do poder estatal* – que, para decidir as controvérsias, precisa do processo, o qual demanda tempo, impondo a necessidade de soluções provisórias às questões[5] – indispensável ao desenvolvimento de sua função jurisdicional.

Exatamente porque as providências de urgência não se encontram no âmbito de disponibilidade do direito da parte é que não se deveria autorizar que pudesse o árbitro deliberar a seu respeito.

Ao lado de tudo isso, ainda que se admita, agora, que o árbitro possa decidir a respeito do cabimento da providência de urgência, jamais se poderia retirar do juiz o poder de revisar a decisão do árbitro, especialmente no que toca aos pressupostos para a concessão da tutela de urgência. De fato, não se tratando da decisão arbitral final, e havendo a necessidade de *impor ordem a alguém* (por conta da tutela de urgência) está-se diante do campo do exercício do poder do Estado, e este somente pode ser legitimamente exercido por meio – e segundo deliberação – das autoridades investidas nesse poder. Realmente, a *ordem* não se encontra no campo de disposição da parte, não *pertencendo* ao seu direito. Cumpre ao Estado valer-se desse tipo de comando – como exercício de força – quando entender necessário. E só quem pode decidir sobre a aplicação dessa força é a autoridade pública, jamais o particular e, por via de consequência, o árbitro por ele escolhido.

Em que pese parecer evidente que o assunto vem mal colocado, tanto em doutrina, como na nova orientação legal a respeito do tema, fato é que a Lei 13.129/2015 acabou por acolher essa visão e autoriza expressamente ao árbitro deliberar sobre tutelas de urgência.

Cabe a ele, portanto, na ótica dessa lei, que altera a Lei de Arbitragem, decidir a respeito da presença ou não dos requisitos para essa modalidade de proteção. Entende-se que, tendo as partes escolhido o árbitro para a solução de sua controvérsia, não se justificaria a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário sempre que uma medida cautelar ou antecipatória fosse necessária.

Por isso, diz o art. 22-A, da Lei de Arbitragem (inserida pela Lei 13.129/2015), que as partes podem, *antes de instituída a arbitragem*, recorrer ao Poder Judiciário para eventuais medidas de urgência necessárias. Nesse caso, se deferida a medida, compromete-se o interessado a instituir a arbitragem no prazo de trinta dias a contar da data da efetivação da respectiva decisão. Uma vez instaurada a arbitragem, cabe ao

árbitro decidir sobre a manutenção, a revogação ou a modificação daquela medida de urgência. Cabe também ao árbitro decidir sobre a outorga de proteção de urgência, depois da instauração da arbitragem (art. 22-B, parágrafo único, da Lei 9.307/1996, inserida pela Lei 13.129/2015).

Sempre que deferida medida de urgência pelo árbitro, poderá suceder eventual descumprimento da decisão pela parte ou por terceiro sujeito àquela determinação. Nesse caso, poderá o árbitro (ou o tribunal arbitral) expedir carta arbitral, solicitando ao órgão jurisdicional que imponha o cumprimento da decisão (art. 22-C, da Lei 9.307/1996, incluído pela Lei 13.129/2015).

Como já observado, entende a jurisprudência que nesses casos não caiba ao Judiciário reexaminar os pressupostos para a outorga da proteção de urgência, ou a observância do devido processo legal para essa decisão.[6]

Em que pese essa orientação da jurisprudência brasileira, reafirmando o que acima se considerou, parece que a questão não é tão simples assim. Recorde-se que a lei brasileira prevê a necessidade de que o juízo arbitral observe certas garantias para a validade de suas decisões (arts. 21, § 2.º e 32, da Lei de Arbitragem). Assim, é certo que a cognição judicial – para a efetivação de medida de urgência "deferida" pelo juízo arbitral – ao menos deverá incluir a análise do respeito a tais preceitos.

Ademais, o Poder Judiciário também se legitima para verificar a *existência* e a *validade* de eventuais cláusulas na convenção de arbitragem que possam reger o poder do árbitro em deferir medidas de urgência. É certo que a convenção de arbitragem pode, por exemplo, excluir essa possibilidade, caso em que eventuais medidas de urgência deferidas pelo juízo arbitral devem ser desconsideradas. Também pode ocorrer que a convenção preveja regime próprio para essas decisões, caso em que poderá o Poder Judiciário avaliar se esses limites foram ou não observados na instância arbitral. Pode ainda suceder que as medidas de urgência deferidas pelo tribunal arbitral extrapolem os limites fixados na convenção de arbitragem, ou que acabem por dispor sobre interesses que não sejam patrimoniais disponíveis. Mais uma vez, pode o Judiciário negar aplicação a essas decisões arbitrais, invalidando-as.

Enfim, parece que a imposição ao Poder Judiciário do cumprimento de decisão de urgência deferida pelo juízo arbitral exige cautelas semelhantes àquelas empregadas para o reconhecimento de decisões arbitrais nacionais (art. 32, da Lei de Arbitragem) e estrangeiras (arts. 38 e 39, da Lei de Arbitragem). Assim, pode-se recusar cumprimento a decisão de urgência deferida pelo juízo arbitral se ela for proferida diante de convenção de arbitragem nula ou fora do prazo previsto (art. 32, incs. I e VI, da Lei de Arbitragem) ou ofender a ordem pública nacional (art. 39, II, da Lei de Arbitragem).

Note-se, portanto, que, mesmo considerada a possibilidade de o juízo arbitral deferir medidas de urgência, embora deva haver colaboração entre o Poder Judiciário e o juízo

arbitral para o reconhecimento e efetivação de decisões (inclusive de urgência) deferidos pela instância arbitral, essa colaboração não pode transcender aquela que existe para a efetivação de decisões *finais* arbitrais. Assim, só pode ser efetivada perante o Poder Judiciário decisão arbitral que efetivamente tenha respeitado os limites em que é válida – e reconhecida para a imposição da autoridade estatal nacional – a solução arbitral perante o direito brasileiro.

[1]

A Lei 9.307/1996, aliás, estabelece, no seu art. 22, § 4.º, que as medidas de urgência necessitadas no curso do procedimento arbitral devem ser requeridas ao Poder Judiciário, mesmo por iniciativa dos árbitros, como será examinado adiante.

[2]

V. sobre a questão, LUIZ GUILHERME MARINONI, *Novas linhas do processo civil*, 1993, p. 71 e ss.

[3]

Art. 20, § 2.º, da Lei 9.307/1996: "§ 2.º Não sendo acolhida a arguição, terá normal prosseguimento a arbitragem, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei".

[4]

E essa visão também se espraiou para a jurisprudência brasileira, que tem-se inclinado por compreender que o exame dos pressupostos para o deferimento das tutelas de urgência em feitos submetidos à arbitragem compete exclusivamente aos árbitros, não podendo o Judiciário substituir-se a essa avaliação. Nesse sentido, v. STJ, 2.ª Seção, CComp 111.230/DF, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 03.04.2014; STJ, AgRg no CComp 116.395/RO, 2.ª Seção, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, *DJe* 17.06.2013; STJ, REsp 1.297.974/RJ, 3.ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 19.06.2012.). Assim, segundo essa lógica, cumpre precipuamente ao árbitro verificar a presença dos requisitos para o deferimento da medida de urgência, competindo ao Judiciário, apenas, a efetivação da medida "deferida" no juízo arbitral. Apenas quando impossível socorrer-se da atuação arbitral para o exame de pedido de medida de urgência, por algum empecilho ocasional, é que se autorizaria ao Poder Judiciário, em feitos submetidos à arbitragem, o exame dos pressupostos para a concessão da medida, mas mesmo assim em análise precária e sujeita, depois, a confirmação pelo tribunal arbitral (assim, STJ, AgRg na MC 19.226/MS, 3.ª T., rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi, *DJe* 29.06.2012; STJ, REsp 1.297.974/RJ. 3.ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 19.06.2012).

[5]

A este respeito, v. PIERO CALAMANDREI, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, p. 41 e ss.

[6]

Nesse sentido, afirmou o Superior Tribunal de Justiça que "o indispensável fortalecimento da arbitragem que vem sendo levado a efeito desde a promulgação da Lei 9.307/96 torna indispensável que se preserve, na maior medida possível, a autoridade do árbitro como juiz de fato e de direito para as questões ligadas ao mérito da causa. Negar tal providência esvaziaria o conteúdo da Lei de Arbitragem, permitindo que, simultaneamente, o mesmo direito seja apreciado, ainda que em cognição perfunctória, pelo juízo estatal e pelo juízo arbitral, muitas vezes com sérias possibilidades de interpretações conflitantes para os mesmos fatos." (STJ, CC 111.230/DF. 2ª Seção, rel. Min. Nancy Andrighi. *DJe* 03.05.2014). Em sentido um pouco diverso, concluindo que medidas que tenham caráter antecipatório devem ser postulados perante o Poder Judiciário, ao menos até deliberação em sentido contrário da corte arbitral, concluiu o Superior Tribunal de Justiça que "Como é cediço, ao Juízo Arbitral falta a coerção estatal para o cumprimento de seus julgados, tanto que formam título executivo exatamente para que à parte refratária, que concordou em se submeter ao julgamento, seja imposta, perante a justiça comum, a prestação a que foi condenada. Portanto, não está entre suas funções promover a execução de suas decisões. Na espécie em comento, o que se verifica é que na medida preparatória a parte requerente demonstrou possuir os requisitos do fumus boni iuris e do periculum in mora indispensáveis à concessão da liminar, cujo provimento determinou a administração de bens e bloqueio de valores, portanto transferiu precariamente parcela do patrimônio das suscitantes até que o mérito da demanda seja decidido pelo Tribunal Arbitral. Essa medida possui, então, inegavelmente, caráter executório antecipado, de competência exclusiva do Poder Judiciário e deve persistir até que, eventualmente, conclua a arbitragem em sentido contrário" (STJ, CC 106.121/AL, decisão monocrática Min. Aldir Passarinho Jr., *DJe* 29.06.09).

5. A sentença arbitral

Denomina-se de sentença arbitral o ato do árbitro ou do tribunal arbitral que decide a controvérsia, submetida à arbitragem. É ato em tudo assemelhado à sentença judicial, com a única ressalva de que não pode conter, entre seus efeitos, qualquer expressão de *imperium*, por não se tratar de ato estatal.

Com efeito, o julgamento contido na sentença arbitral pode revestir-se de qualquer eficácia que não se situe no exercício de *imperium* estatal. Esta sentença pode ser declaratória, constitutiva ou condenatória, mas não terá jamais caráter mandamental ou executivo. Recorde-se que esta classificação tem em vista a eficácia preponderante da sentença, o que não impede que esta decisão contenha mais de uma destas eficácias, nem que, havendo cumulação de pedidos, possa esta sentença encaixar-se em mais de um destes tipos. A sentença arbitral opera seus efeitos não apenas em relação às partes, entre as quais é dada, mas, à semelhança do que ocorre com a sentença judicial, é impositiva também frente aos sucessores das partes (art. 31 da Lei 9.307/1996). Obviamente, e mais uma vez do mesmo modo que ocorre com a sentença judicial, pode a sentença arbitral operar efeitos (naturais e reflexos) em face de terceiros, *não podendo, porém, ser exigida em relação a terceiros (que não tenham aderido à convenção de arbitragem), nem sendo estes efeitos indiscutíveis para eles*.

Na verdade, o afirmado acima não tem nada de especial, nem é distinto do que ocorre com a sentença judicial. É que os efeitos de qualquer ato judicial (assim como também da arbitragem) podem espraiar-se de forma incontrolável no seio social. É, de fato, impossível controlar ou limitar tais efeitos, já que eles ocorrerão, simplesmente, onde devem ocorrer; o que não se admite – seja em face das decisões judiciais, seja das arbitrais – é que tais efeitos possam repercutir na esfera de terceiros, sem que estes sujeito possam opor-se a tais consequências (desde que, evidentemente, tenham interesse jurídico para tanto).[1] A fim de melhor esclarecer esta ideia, tome-se o seguinte exemplo: uma sentença arbitral que anule determinado contrato de compra e venda, evidentemente, não opera seus efeitos apenas em relação às partes; também terceiros, que tivessem interesse indireto no cumprimento daquele pacto, acabam sendo prejudicados e frustrados com a decisão judicial (pessoas que utilizariam o bem adquirido, credores que poderiam pretender o crédito resultante da compra e venda etc.); a sentença arbitral, portanto, surtiria efeitos também para estes terceiros, apenas não se admitindo que estes efeitos possam ser imutáveis (indiscutíveis) para os que revelem possuir legitimidade e interesse para discuti-los judicialmente.

Tratando-se de sentença arbitral de cunho condenatório, tal decisão constituirá *título executivo*, subsidiando – em caso de não cumprimento voluntário do preceito – processo de execução na via judicial (art. 31, *in fine*, da Lei 9.307/1996). A respeito do tema, tratar-

se-á com maior ênfase, no item seguinte.

A sentença arbitral também poderá revestir-se de caráter meramente homologatório. Efetivamente, quando as partes, no curso da arbitragem, chegarem a algum acordo a respeito do litígio, poderão elas solicitar ao árbitro (ou ao tribunal arbitral) homologação desta transação por sentença, mesmo para que se revista ela da eficácia de título executivo, à semelhança da sentença arbitral condenatória.

A sentença arbitral deve ser prolatada no prazo previsto pela convenção de arbitragem; em sendo omisso este pacto, o prazo para a sentença será de seis meses, contados da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro (art. 23). O descumprimento desse prazo – desde que a parte interessada haja notificado o árbitro, concedendo-lhe prazo de dez dias para a entrega da sentença – acarreta a extinção do compromisso arbitral e, consequentemente, a nulidade daquele julgamento (art. 32, VII). O prazo, porém, poderá ser prorrogado por acordo das partes com o árbitro, tantas vezes quantas correspondam ao interesse dos litigantes (art. 23, § 2º, da Lei 9.307/1996, com a alteração dada pela Lei 13.129/2015).

Autoriza-se ainda, à semelhança do que ocorre com as sentenças judiciais, nos termos do Código de Processo Civil, que o árbitro profira sentenças parciais (art. 23, § 1º, da Lei 9.307/1006, acrescentado pela Lei 13.129/2015). Essas sentenças parciais regem-se pela mesma lógica da sentença parcial da legislação processual comum, de modo que deve ser autorizada sempre que *parcela da controvérsia esteja madura para julgamento final*. Assim, se parte da controvérsia prescinde de prova – mas o procedimento arbitral deve continuar em razão de outra porção do litígio que exige a colheita desses elementos – pode o árbitro ou o tribunal arbitral decidir essa parte que está pronta para julgamento, prosseguindo para a análise do restante do conflito.

Exige a lei que a sentença arbitral seja dada em documento escrito (art. 24), que contenha os requisitos do art. 26 da Lei 9.307/1996. Assim, deverá esta sentença (de forma semelhante ao que ocorre com a sentença judicial) conter *relatório*, *fundamentação* e *dispositivo*, além de indicar a data e o local em que foi dada e estar assinada pelo árbitro ou pelos árbitros que a elaboraram. No relatório, é obrigatória a menção aos nomes dos litigantes, sendo o espaço para que os árbitros apresentem uma síntese do litígio a eles submetido. Na fundamentação da sentença arbitral, deverão os árbitros avaliar as questões de fato e de direito componentes das razões do litígio, indicando as razões que os levam a decidir de tal ou qual forma. É nesse momento que se estabelecem as premissas do julgamento, com o exame dos argumentos trazidos pelas partes, das provas produzidas e dos elementos relevantes para a formação do convencimento dos árbitros.

Impõe a lei, também, que na fundamentação haja expressa referência de que a decisão se baseia em equidade, quando este for o caso (art. 26, II). Estabelecidas as razões do julgamento (os motivos que levam a determinada conclusão), passa-se ao dispositivo da sentença arbitral, que é o local em que os árbitros resolvem os pedidos que lhes foram

apresentados, oferecendo a solução à controvérsia sujeita à arbitragem. Se necessário, também nesse momento, se há de fixar prazo para o cumprimento da sentença arbitral pelas partes. Ainda, na sentença arbitral, deverá ser decidido a respeito das despesas e custas referentes à arbitragem. Compete aos árbitros imputar esta responsabilidade às partes, segundo critérios de equidade ou de acordo com a previsão contida na convenção de arbitragem (não sendo obrigatório seguir-se a disciplina prevista no CPC a esse respeito). Do mesmo modo, havendo previsão na convenção de arbitragem sobre a questão, caberá aos árbitros, na sentença arbitral decidir a respeito de eventual litigância de má-fé, impondo ao responsável as sanções contempladas no pacto.

A sentença arbitral – no caso de ser proferida por tribunal arbitral – é tomada por maioria de votos, prevalecendo, no caso de dissidência invencível, o voto do presidente do tribunal (art. 24, § 1.º). Poderá o árbitro vencido, se assim entender necessário, declarar seu voto em separado, o que, todavia, não alterará a substância da decisão, nem terá repercussões em termos de eficácia da decisão ou de impugnabilidade da sentença.

Concluída a sentença arbitral, dela será dada ciência às partes, através do envio de cópia da decisão, pessoalmente (com recibo), por via postal ou por qualquer outro meio de comunicação (mediante prova do seu recebimento). A partir desta ciência, terá início o prazo para o cumprimento da decisão, o qual, descumprido, sujeitará o infrator à competente demanda judicial executiva.

A sentença arbitral não se sujeita a recurso de qualquer espécie, nem a homologação judicial (art. 18). Poderá, porém, a parte interessada requerer ao árbitro (ou ao tribunal arbitral) no prazo de cinco dias – ou em outro, estabelecido na convenção de arbitragem –, contados da ciência da sentença arbitral, com comunicação ao seu adversário, que corrija eventual erro material contido naquela decisão ou até mesmo que esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição, ali presente, ou mesmo supra possível omissão verificada. Esta possibilidade, semelhante aos embargos de declaração previstos na legislação processual comum, visa, como é claro, a evitar a entrega de decisão defeituosa, que depois encontre dificuldade em ser cumprida ou mesmo entendida – pelas partes e, eventualmente, pelo Poder Judiciário, havendo a necessidade de sua execução ulterior. Apresentado o requerimento de esclarecimento/retificação da sentença, deverão os árbitros a seu respeito pronunciar-se em dez dias, ou em prazo acordado com as partes, aditando a sentença se for o caso, e comunicando as partes após, de forma idêntica à comunicação referente à sentença.

[1] V. a respeito, o vol. 2 deste *Curso.*

6. Nulidade da sentença arbitral

Em princípio, a sentença arbitral corresponderá à solução definitiva da controvérsia, a ser utilizada pelas partes. Ainda que as partes não se satisfaçam com esta decisão, ou mesmo que pudessem opor-se – por algum vício material ou formal – a ela, por terem optado pela arbitragem, renunciaram à solução da lide pelo Poder Judiciário, a ele não podendo recorrer para revisar a deliberação arbitral.

Excepcionalmente, porém, admite-se que a parte interessada possa buscar, junto ao Poder Judiciário, o reconhecimento da nulidade da sentença arbitral. De fato, haverá vícios que comprometerão tão diretamente a função e o desenvolvimento da arbitragem, que não será possível considerar-se o resultado obtido como a intenção das partes ou como o objetivo do Estado (ao autorizá-la como meio alternativo de pacificação social). Assim é que o art. 32 da Lei de Arbitragem arrola as situações que geram nulidade da sentença arbitral. Será nula esta decisão sempre que "I – for nula a convenção de arbitragem; II – emanou de quem não podia ser árbitro; III – não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV – for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; V – (REVOGADO); VI – comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII – proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII – forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2.º, desta Lei".[1]

A nulidade da sentença arbitral – e *a fortiori* da convenção de arbitragem, quando for o caso – poderá ser pleiteada ao Poder Judiciário (art. 33 da Lei 9.307/1996), em demanda que seguirá o rito comum do CPC, a ser proposta no prazo de até noventa dias contados da data da ciência da prolação da sentença parcial ou final arbitral (ou do seu aditamento). Ao decidir, o juiz, se procedente o pedido, declarará a nulidade da sentença proferida (ou da convenção havida), determinando, quando for o caso, que nova sentença arbitral seja dada. Obviamente, somente será caso de nova sentença arbitral quando a nulidade da primeira não tiver por fundamento a vedação da arbitragem sobre a questão ou a impossibilidade atual da sua renovação (*v.g.*, art. 32, I e VII). Eventualmente, também, poderá ocorrer que o magistrado anule o procedimento arbitral (total ou parcialmente) determinando, antes da prolação de nova sentença arbitral, o refazimento do procedimento, a partir do momento em que ocorreu o vício (*v.g.*, art. 32, VIII).

A declaração de nulidade da sentença arbitral – além de poder ser reconhecida em ação autônoma, na forma acima descrita – também poderá ser pleiteada por intermédio de impugnação ao cumprimento de sentença, nos termos dos arts. 525 e ss., do CPC, na hipótese em que a sentença arbitral venha a ser executada judicialmente (art. 33, § 3.º). Para esta hipótese, evidentemente, não se aplica o prazo de noventa dias antes referido, mesmo porque não terá o executado como controlar a ocasião em que, na execução, lhe será facultado defender-se do requerimento para cumprimento da sentença.

Enfim, pode ainda a parte interessada requerer perante o Poder Judiciário que se determine ao juízo arbitral que profira *sentença arbitral complementar*, sempre que nesta instância não tiver o árbitro decidido todos os pedidos submetidos à arbitragem (art. 33, § 4º, da Lei de Arbitragem, incluído pela Lei 13.129/2015). Trata-se de situação semelhante à da sentença judicial *citra petita*, que deve repercutir na reabertura da arbitragem para que os pleitos ainda não examinados possam sê-lo pela instância adequada (a via arbitral).

[1] Redação da regra alterada pela Lei 13.129/2015.

7. A efetivação da sentença arbitral

A sentença arbitral é tida como título executivo, para eventual execução judicial que se faça necessária. Mais especificamente, de acordo com o CPC, será ela tida como título executivo judicial (art. 515, VII). Ao que parece, todavia, melhor seria colocá-la em situação apartada, pertencente à categoria exclusiva, à qual se poderia denominar de título semijudicial.

É que a execução de títulos judiciais (cumprimento de sentença) possui regime próprio, que nem sempre é compatível com as exigências da efetivação da sentença arbitral. Por outro lado, também o regime da execução dos títulos extrajudiciais é impróprio para a efetivação dessa sentença, razão pela qual melhor seria deixar esse título com um regime específico de execução. Assim, por exemplo, quando a execução se funda em título executivo judicial, a impugnação somente pode versar a matéria arrolada nos incisos do art. 525, § 1.º, do CPC, enquanto na execução de título extrajudicial serão alegáveis – nos embargos – quaisquer matérias pertinentes e imagináveis pelo embargante (art. 917, do CPC). Ora, em relação à sentença arbitral, há situação intermediária: nem é possível restringir a alegação apenas à matéria enumerada no art. 525, § 1.º, do código, nem se admite que se possa alegar qualquer matéria, à semelhança do que ocorre nos embargos à execução de título executivo extrajudicial. Na impugnação à execução fundada em sentença arbitral, poderá o executado deduzir, além da matéria elencada no art. 525, § 1.º, todas as causas de nulidade desta decisão, contempladas pelo art. 32 da Lei de Arbitragem.

Por outro lado, o não cumprimento de sentenças judiciais no prazo de quinze dias enseja a aplicação de multa de dez por cento sobre o valor da condenação (art. 523, § 1.º, do CPC). Já no caso de sentença arbitral, *cabe ao árbitro fixar o prazo para o cumprimento da decisão* (art. 26, III, da Lei de Arbitragem) não se aplicando evidentemente o interregno de quinze dias mencionado no código de processo civil. Ademais, já que na arbitragem podem as partes estabelecer o rito a que desejam submeter-se, nada impede que fixem multa em importe diferente daquele estipulado pelo CPC, para o caso de não cumprimento. Aliás, nada impede que as partes estabeleçam procedimento próprio para o cumprimento da sentença arbitral, fixando por exemplo modalidade executiva diversa daquela prevista no CPC, prazos distintos para os atos processuais ou consequências autônomas para a não observância da decisão.

Enfim, vê-se que este título executivo merece ser posto em situação intermediária, já que não se enquadra perfeitamente nem como título judicial, nem como extrajudicial.

De todo modo, constituindo título executivo, a sentença arbitral admitirá cumprimento por qualquer de suas modalidades previstas no CPC (execução de quantia certa, de obrigação de fazer e não fazer ou de entrega de coisa). Findo o prazo fixado na sentença

arbitral, sem cumprimento espontâneo do preceito ali contido, será o título exigível judicialmente, cabendo a propositura de ação própria de cumprimento, nos moldes do art. 515, § 1º, do CPC.

8. Sentenças arbitrais estrangeiras

A lei brasileira reconhece, ao lado da arbitragem nacional, a possibilidade da arbitragem internacional, com valor e eficácia no território brasileiro. Podem, portanto, os interessados, valer-se de institutos de arbitragem internacionais (muitos dos quais com inequívoca tradição e autoridade) para a decisão de qualquer questão que poderia ser submetida à arbitragem nacional.

A fim de que a sentença arbitral estrangeira seja válida e eficaz no território nacional, o art. 35 da Lei de Arbitragem exige, todavia, a sua homologação[1] pelo Superior Tribunal de Justiça (redação dada pela Lei 13.129/2015). Após a Emenda Constitucional 45/2004, a competência para homologação de sentenças estrangeiras foi transferida do Supremo Tribunal Federal para o Superior Tribunal de Justiça. Em paralelo com isso, parece evidente que o mesmo deve ocorrer em relação a sentenças *arbitrais* estrangeiras, razão pela qual a alteração legislativa explicita algo que já se impunha na prática. Com a transferência dessa competência, a Presidência do Superior Tribunal de Justiça expediu a Resolução 22/2004, que permitia a aplicação naquele Tribunal, do Regimento Interno do STF no julgamento das homologações. Este diploma foi revogado pela Resolução 9/2005, que dispôs, em caráter transitório, sobre esta nova competência, sem prever a aplicação, entretanto, do Regimento Interno do STF. Logo, a homologação será procedida na forma ditada pela legislação processual para a homologação de sentenças judiciais estrangeiras (arts. 960 e ss., esp. o art. 960, § 3.º, do CPC e Resolução 9/2005 do STJ), tratando-se, normalmente, de procedimento simples e sem maiores complicações. Embora a modificação diga respeito precisamente às sentenças judiciais estrangeiras, parece que, por similitude, a mesma alteração deva ser aplicada no campo das sentenças arbitrais, por conta do que prescreve o art. 4.º, § 1.º, da Resolução 9/2005 do STJ e o art. 961, § 1.º, do CPC.

A parte interessada na homologação de sentença arbitral estrangeira deverá solicitá-la ao Superior Tribunal de Justiça em petição escrita, que deve observar os requisitos essenciais de qualquer petição inicial (art. 319 do CPC), a ser instruída com o original da sentença arbitral estrangeira devidamente traduzida (ou cópia certificada, autenticada pelo consulado brasileiro e também guarnecida por sua tradução oficial), bem como com o original da convenção de arbitragem havida ou seu equivalente (ou ainda cópia destes elementos, também devidamente certificados e acompanhados de tradução oficial). Não preenchendo, a petição inicial, os requisitos indispensáveis ou não estando acompanhada dos documentos referidos, determinará o Presidente que o requerente emende a peça, no prazo de quinze dias, sob pena de indeferimento.

Admite-se requerimento de tutela de urgência no curso do procedimento de homologação (art. 4.º, § 3.º, da Resolução 9/2005 do STJ e art. 961, § 3.º, do CPC), a ser processado na forma da legislação nacional comum.

Citado o requerido, a sua contestação poderá versar sobre a autenticidade dos documentos juntados com a petição inicial, a respeito da "inteligência" da sentença que se pretende homologar e acerca da observância dos requisitos indispensáveis à homologação da sentença estrangeira (art. 9.º, *caput*, da Resolução 9/2005 do STJ). Ao lado disso, prevê o art. 38 da Lei de Arbitragem que poderá ser negada a homologação da sentença estrangeira quando se demonstrar que: "I – as partes na convenção de arbitragem eram incapazes; II – a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida; III – não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa; IV – a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem; V – a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória; VI – a sentença arbitral não se tenha, ainda, tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença for prolatada". Por ser lei especial, entende-se que estas situações dispostas no citado art. 38 também deverão ser arguidas pela parte ao contestar o pedido de homologação. Outrossim, não se homologa sentença arbitral estrangeira que verse sobre litígio que, de acordo com a lei brasileira, não possa sujeitar-se à arbitragem ou que ofenda a soberania ou à ordem pública nacional.

Feita a impugnação, o processo irá para o julgamento da Corte Especial, cabendo ao relator os demais atos relativos ao andamento e à instrução do processo. Terá vista dos autos o Ministério Público Federal, na pessoa do Procurador-Geral da República, pelo prazo de dez dias, podendo impugnar o pedido de homologação. Não havendo impugnação (da parte requerida ou do Ministério Público), tocará ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça decidir e homologar a sentença arbitral estrangeira. Em caso de impugnação, será o feito distribuído e julgado pela Corte Especial, como já dito. Homologada a sentença, será possível extrair-se carta de sentença, para a execução perante o órgão competente. Em tais situações, da decisão do Presidente do STJ caberá agravo regimental, na forma prevista no art. 11 da Resolução 9/2005.[2]

Em caso de negativa de homologação por defeito formal da sentença arbitral estrangeira, poderá a parte interessada renovar o pedido, desde que sanado o vício (art. 40 da Lei 9.307/1996).

[1] Em doutrina, há que considere que, com a internalização da Convenção de Nova Iorque sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Decreto 4.311/2002), não poderia haver mais a necessidade de homologação da sentença arbitral estrangeira. Isso porque o art. III dessa Convenção prevê que não se pode estabelecer restrições maiores ao reconhecimento ou à execução da sentença arbitral estrangeira em relação àquilo que se faz em face das sentenças arbitrais domésticas. Ao que parece, todavia, o preceito não se refere à impossibilidade de submissão da sentença arbitral estrangeira à homologação interna, mas apenas a uma vedação de sujeitar essa decisão estrangeira a "condições substancialmente mais onerosas ou taxas ou cobranças mais altas". Aliás, a primeira parte desse mesmo artigo III expressamente prevê a possibilidade de cada Estado estabelecer o procedimento para o reconhecimento da sentença arbitral estrangeira, chancelando hipóteses em que se possa negar o dito reconhecimento (art. V). Por isso, logicamente, nada impede que se sujeite a sentença arbitral estrangeira a uma

prévia análise de compatibilidade com a ordem jurídica brasileira e, portanto, a um procedimento de homologação.

[2]

Embora se possa contestar a constitucionalidade de toda essa Resolução, especialmente se considerada a reserva de lei federal para o trato de matéria processual (art. 22, I, da CF), parece particularmente perigoso este último preceito, já que cria recurso novo, sem qualquer amparo legal.

Caso

Em determinado contrato de adesão lê-se, sem qualquer destaque ou aparte, a seguinte cláusula:

“Cláusula 10. Compromisso arbitral. Quaisquer demandas oriundas do presente contrato deverão ser submetidas à arbitragem, que poderá determinar medidas urgentes e acautelatórias”.

“Parágrafo primeiro. A defesa do réu somente poderá versar sobre o inadimplemento do contrato pela outra parte”.

Tendo em vista essa disposição, analise a cláusula com relação: a) à sua validade; b) à sua conveniência; c) à sua tecnicidade.

SOLUÇÕES DOS CASOS

Casos da Parte I

Capítulo 1

Contra o dano, são possíveis duas formas de tutela ressarcitória, específica e pelo equivalente. A restrição à possibilidade de tutela apenas pelo equivalente ao valor do dano tem subjacentes valores do Estado liberal, supondo a suficiência do "metro da pecúnia". Assim, deve o juiz julgar procedente o pedido de ressarcimento na forma específica, ordenando, com utilização da técnica mandamental e, aliás, de meios coercitivos como a multa, que Roberto faça os reparos necessários no imóvel de Alfredo (arts. 497, 536 e 537 do CPC).

Capítulo 2

Inicialmente, é necessário fazer uma distinção entre procedimento especial para tutela da posse e a própria tutela possessória. Há previsão de procedimento especial com tal finalidade, com referência ao prazo de ano e dia (art. 558 do CPC). Também, indicação específica da possibilidade de proteção provisória, se preenchidos os respectivos requisitos (arts. 561 e 562 do CPC). Entretanto, esse não é o único procedimento por meio do qual a posse pode ser tutelada. Após o referido prazo, pode o possuidor utilizar-se do procedimento comum, inclusive com emprego da técnica antecipatória. Se, por um lado, o estabelecimento de um procedimento único confunde neutralidade com instrumentalidade processual, em detrimento de sua própria efetividade, limitar uma forma de tutela a um procedimento especial específico, afastando a utilização de técnicas processuais gerais, por outro, também colocaria em xeque a idoneidade do processo para efetiva tutela dos direitos. A diferença a ser notada pelo relator do recurso, portanto, é a de que o decurso do prazo de ano e dia não impede o uso da técnica, mas exige preenchimento dos requisitos gerais para a proteção antecipada, seja pela urgência, seja pela evidência (arts. 300 e 311 do CPC – STJ, REsp 201.219/ES, 4.ª T., j. 25.06.2002, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJU* 24.02.2003, p. 236).

Capítulo 3

Diante da consulta feita pela associação, poderia ser cogitado inicialmente que a medida judicial apropriada no caso teria natureza cautelar, em razão do perigo de dano iminente. Ademais, considerando que as informações não são precisas o suficiente para o perfeito delineamento da situação concreta, não haveria material para formulação e instrução de petição inicial para procedimento de cognição exauriente, de modo que se poderia imaginar necessário um procedimento materialmente sumário para posterior propositura da "ação principal", com mais detalhes. Não obstante, deve-se primeiro perceber que a tutela pretendida não é assecuratória, apesar de se falar de dano. No caso

a tutela necessária é a tutela inibitória, contra o ilícito, ainda que o ilícito específico implique um dano. Em outros termos, trata-se de tutela satisfativa, e a utilização de técnica prevista para a proteção cautelar seguiria a linha da distorção operada com a "ação cautelar satisfativa", como visto no capítulo 3, se não previstas técnicas processuais idôneas à satisfação do direito material. Assim e considerando a escassez de informações no momento da necessidade de buscar tutela jurisdicional, no caso concreto, poderia ser utilizada a abertura conferida pelos arts. 294, parágrafo único, e 301 do CPC, com o fim de obter tutela de urgência satisfativa "em caráter antecedente".

Capítulo 4

A ação popular é via de participação na tutela de direitos fundamentais e na gestão da coisa pública. A própria Constituição, em seu art. 5.º, LXXIII, dispõe que pode ser proposta por qualquer cidadão, provada tal condição com a simples apresentação do título eleitoral ou de documento equivalente, conforme o art. 1.º, § 3.º, da Lei 4.717/1965. Portanto, não há nenhuma restrição quanto ao domicílio eleitoral, tendo o juiz violado o direito de Luís de participar diretamente da proteção do patrimônio público por meio da ação popular. Reconhecendo a inviabilidade de tal restrição, a propósito, STJ, REsp 1.242.800/MS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2.ª T., j. 07.06.2011, *DJe* 14.06.2011.

Capítulo 5

Não basta que o legislador preveja um procedimento específico para efetivação de obrigação de pagar quantia certa em abstrato, pois são necessárias também técnicas processuais que possibilitem a adequação procedimental à luz das necessidades do caso concreto. Uma dessas técnicas que confere abertura para construção da ação e do procedimento pelas partes e pelo juiz, levando em conta os contornos da situação material, está no art. 139, IV, do CPC, dispositivo que possibilita a utilização de todas "todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, *inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária*". Portanto, não poderia o devedor neste caso insurgir-se contra o emprego em si de meios executivos diferenciados. Ademais, note-se que em particular se trata da própria tutela específica da obrigação (pagamento do valor pela compra do automóvel), havendo menos razão ainda para se restringir a efetivação a um procedimento executivo rígido.

Capítulo 6

O CPC, em seu art. 190, permite às partes estipular alterações no procedimento e "convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais", o que representa uma abertura para construção da ação e do procedimento adequados às diversas situações concretas. Não obstante, no respectivo parágrafo único, impõe-se ao juiz o controle da validade das convenções processuais feitas pelas partes, e uma das hipóteses de não aplicação é sua "inserção abusiva em contrato de adesão", situação

configurada no caso de Júnior. Embora a cláusula contratual inviabilize a interposição de recursos por ambas as partes, isso não necessariamente afasta a abusividade da previsão, já que é bastante ampla, tolhendo o direito de recorrer em qualquer hipótese.

Casos da Parte II

Capítulo 1

Para a adequada tutela do direito material no caso, deve ser interposto recurso contra a decisão que indeferiu a petição inicial. Em primeiro lugar, é verdade que rigorosamente o Código de Processo Civil, em seus arts. 822 e 823, não prevê técnicas processuais para uma efetiva tutela de obrigação de não fazer, somente para retirar os efeitos da prática do ato que não deveria ter sido realizado. Entretanto, isso não significa inviabilidade de a empresa Y utilizar-se de processo executivo, com base em seu título extrajudicial, para impedir que a empresa X adote conduta que se comprometeu a não realizar. Obviamente, o fato de os referidos artigos, da seção "Da obrigação de não fazer", reportarem-se à situação posterior ao descumprimento não retira a executividade da obrigação. A propósito, por imposição do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva (art. 5.º, XXXV, da CF), o juiz tem o dever de lançar mão dos meios executivos necessários (técnicas processuais) para viabilizar a vedação da prática do ato de produção e comercialização do produto, inclusive com uso da multa referida no art. 814 do código. Ademais, o segundo fundamento da decisão de indeferimento da inicial tampouco se sustenta. O processo não deve ser extinto enquanto for exigível a abstenção, embora possa haver nesses casos o arquivamento provisório dos autos, já que não necessária a prática constante de atos processuais.

Capítulo 2

Na linha do art. 304 do CC, a ação de consignação em pagamento pode ser proposta tanto pelo devedor como por terceiro juridicamente interessado. Ainda, o parágrafo único do referido artigo acrescenta que também o terceiro desinteressado poderá pagar a dívida. Porém, nesta última hipótese, a ação consignatória deve ser ajuizada não em nome próprio, com base na legitimidade ordinária, já que o pagamento autorizado por aquele parágrafo é "em nome e à conta do devedor". Portanto, agiu incorretamente o juiz ao aceitar a consignação feita por Ernesto, já que este deveria ter ajuizado a ação como legitimado extraordinário (substituto processual), nos termos do art. 18 do CPC, não se sub-rogando nos direitos do credor (art. 305, *caput*, do CC).

Capítulo 3

Carlos não apresentou constatação, apenas prestação de contas. Ainda que tenha juntado uma prestação de contas ininteligível e não instruída com documentos, deve isso ser interpretado como reconhecimento do pedido, de modo que não há como depois, em sede recursal, alegar que a pretensão do autor já teria sido satisfeita extrajudicialmente e,

portanto, inexistiria obrigação de prestar contas. Assim, o recurso deve ser desprovido.

Capítulo 4

Primeiramente, deve-se definir o rito que a ação seguirá – se o rito especial, previsto para as ações de força nova, ou se o rito ordinário, previsto para as ações de força velha. Embora o réu tenha se instalado no imóvel há cerca de 15 meses – mais de ano e dia, portanto –, o *dies a quo* somente é contado a partir da ciência da turbação ou do esbulho. Os atos clandestinos, praticados na ausência do possuidor, não iniciam a contagem do prazo. A coisa somente se considera perdida quando o ausente, tendo notícia da agressão, se abstém de retornar à coisa, ou, tentando recuperá-la, é violentamente repelido. No presente caso, a ação possessória foi ajuizada 60 dias após a ciência da perda da posse. A ação seguirá, portanto, o rito especial. Isso significa que o *periculum in mora* é presumido, sendo desnecessário prová-lo. A antecipação da tutela será concedida, expedindo-se mandado de reintegração de posse, desde que comprovada a verossimilhança do direito – cujos requisitos estão enumerados nos arts. 560 e 561 do CPC.

Note-se que mesmo que a ação tivesse sido ajuizada após ano e dia do esbulho, ainda assim seria possível a antecipação da tutela, mas com base nos arts. 294 e ss. do CPC. Improcedente, portanto, a alegação do réu.

Quanto ao pedido de caução, deve ser atendido, desde que comprovada a inidoneidade financeira do autor. De todo modo, a caução não poderá ser determinada em dinheiro, como requereu o réu. De acordo com o art. 559 do CPC, a caução somente pode ser fidejussória ou real.

No mérito, a defesa do réu está pautada em discussão quanto ao domínio – o que é matéria impertinente em sede de ação possessória. O art. 557, parágrafo único, do CPC, diz que “não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade ou de outro direito sobre a coisa”. Ou seja, a discussão quanto ao domínio é irrelevante para a procedência da proteção possessória. Da alegação de domínio no processo possessório nenhum efeito decorrerá.

Por fim, embora o Código de Processo Civil atual não preveja expressamente a possibilidade de o juiz determinar o desfazimento de construção feita em detrimento da posse, o art. 536 autoriza o juiz a utilizar qualquer meio adequado para garantir a efetividade da tutela. O juiz pode, assim, determinar o desfazimento por intermédio de auxiliar do juízo ou ordenar o desfazimento sob pena de multa ou de outro meio coercitivo adequado (art. 536 do CPC).

Capítulo 5

Haja vista a disposição contratual, Mariana não pode exigir de Alexandre e Ricardo que

a aceitem como sócia, decorrendo daí a necessidade de liquidação das quotas de José, que lhe foram atribuídas no divórcio. Assim, nos termos do parágrafo único do art. 600 do CPC, é possível a propositura de ação para apuração dos haveres.

Capítulo 6

a) Não. O art. 23, II, do CPC, atribui competência exclusiva à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra, proceder ao inventário e partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional.

b) Ainda que não haja conflito entre os herdeiros, deve-se ajuizar ação de inventário. O inventário é o procedimento padrão para a apuração do patrimônio do falecido, o pagamento de eventuais credores e a divisão dos bens e direitos restantes entre os sucessores. Não é possível optar desde logo pelo rito do arrolamento, tendo em vista o valor dos bens e o interesse de incapaz no feito. A competência para o inventário é regida pelo art. 48 do CPC. A lei não trata expressamente da hipótese em que nem o autor da herança, falecido no exterior, nem os autores do inventário, residiam no Brasil. Por isso, deve-se aplicar o contido no art. 46, §§ 2.º e 3.º, do CPC, de modo que a ação poderá ser ajuizada em qualquer foro. O prazo para ajuizamento, de acordo com o art. 611 do CPC, é de sessenta dias após a abertura da sucessão. Findo esse prazo, a ação ainda poderá ser ajuizada, mas os interessados estarão sujeitos ao pagamento de multa, decorrente do dever de pagamento do imposto por transmissão de bens em razão do óbito.

c) A abertura do inventário e a administração dos bens cabe, primeiramente, à pessoa que estiver na posse e administração do espólio, na época da sucessão – no caso, a viúva. Por esse motivo, será ela também a administradora provisória (art. 613). Será ela também a inventariante (art. 617, I), salvo se recusar o encargo, alegando justo motivo.

d) Não. Havendo pessoa que se entenda preterida, porque não incluída no rol dos herdeiros, esta pode demandar sua admissão no inventário, desde que o faça antes da partilha. Se a discussão exigir prova não documental, remeterá os interessados às vias ordinárias – o que obrigará o suposto herdeiro preterido a propor ação de petição de herança, para ver reconhecida a sua condição de herdeiro. Como, no caso, há sentença judicial transitada em julgado, esta deve ser anexada aos autos e o juiz admitirá o herdeiro preterido no processo (art. 628). Caso a herdeira somente saiba que foi preterida após a partilha, deverá ajuizar ação anulatória (art. 658). Por fim, em caso de sonegação de bens (sua ocultação maliciosa) para prejudicar a herdeira preterida, a inventariante poderá ser destituída (art. 622, VI).

Capítulo 7

Apesar de João não ter apresentado embargos à execução, ainda é possível impedir a penhora do apartamento, pois sua esposa pode apresentar embargos de terceiro. A lei

brasileira legitima a opor essa ação o cônjuge do executado, quando busca defender a posse de bens dotais, próprios, reservados ou de sua meação. Os embargos de terceiro podem ser oferecidos ainda que o cônjuge tenha sido intimado da penhora (Súmula 134 do STJ). Note-se, todavia, que a defesa por meio de embargos de terceiro será bem mais restrita. Enquanto nos embargos à execução seria possível opor praticamente qualquer matéria de defesa, nos embargos de terceiro somente será possível arguir a intangenciabilidade do apartamento penhorado. Os embargos de terceiro deverão ser opostos em até cinco dias depois da conclusão da adjudicação, da alienação por iniciativa particular ou da arrematação, mas sempre antes que se conclua a assinatura da respectiva carta.

Marcos, por sua vez, somente soube da constrição de seu veículo após a expropriação – o que, numa interpretação literal da lei, impossibilitaria a apresentação dos embargos de terceiro, porquanto já assinada a carta. É possível argumentar, entretanto, que, se o terceiro não tinha ciência do ato que gerava a arrematação, a adjudicação ou a remição dos bens, não havia como ter o conhecimento necessário para ajuizar a medida. Nesse sentido, a jurisprudência tem admitido que, nesses casos, o prazo passe a ser contado da data da efetiva turbação ou do efetivo esbulho.

É possível, portanto, que Marcos apresente embargos de terceiro. A ação deverá ser direcionada contra o exequente, pois foi ele quem indicou o bem à penhora. Ainda que os embargos de terceiro sejam julgados procedentes, contudo, o Banco A não suportará o ônus da sucumbência. Afinal, quem deu causa à constrição indevida foi o próprio Marcos, que não promoveu a necessária alteração do registro de propriedade do veículo para seu nome.

Capítulo 8

O parágrafo único do art. 685 do CPC dispõe que, se a oposição for ajuizada depois de já iniciada a audiência de instrução, o juiz, a princípio, “suspenderá o curso do processo ao fim da produção das provas”. Não obstante, no presente caso é pertinente a ressalva feita pelo mesmo dispositivo, no sentido de que tal suspensão depois de concluída a instrução não ocorre se for oportuno instruir as duas causas concomitantemente. Assim, considerando especialmente a possível relação entre os fatos alegados no primeiro processo e os no segundo por Romeu e a coincidência ainda que parcial de testemunhas, seria adequado que o juiz suspendesse a tramitação do primeiro processo não ao fim da fase instrutória, mas no momento em que se encontra, para que, superada a fase postulatória do segundo, possam os dois ter instrução e julgamento conjuntos.

Capítulo 9

A Lei 7.357/1985 estabelece os prazos para que o credor apresente um cheque na instituição bancária: 30 dias quando o título for emitido na mesma praça 60 dias quando for de praça diferente. O prazo prescricional para executar o título é de seis meses, contados

da expiração do prazo de apresentação. Conhecidos os prazos, podem-se analisar as alegações do réu:

a) O cheque prescrito perde a natureza de título executivo, mas a dívida nele contida ainda pode ser cobrada. Embora preclusa a via da execução de título extrajudicial, pode-se utilizar a ação monitória, uma vez que se trata de prova escrita, sem eficácia executiva, com o objetivo de obter soma em dinheiro. A ação monitória pode ser ajuizada no prazo de cinco anos após a data constante do título.

b) Nada impede que o titular de um título executivo extrajudicial deseje transformá-lo em título executivo judicial, proveniente de sentença que reconhece a exigibilidade da dívida (art. 785 do CPC).

c) A expedição do mandado monitório não depende da existência de convencimento judicial a respeito da indiscutibilidade do direito alegado pelo autor. Para a expedição do mandado, não é necessário prova do fato constitutivo do direito de crédito. Basta que a prova escrita que instrui a inicial mereça fé quanto à sua autenticidade e eficácia probatória. Trata-se de mero juízo de probabilidade, formado em sede de cognição sumária.

d) De acordo com o art. 428, II, do CPC, cessa a fé do documento particular quando, assinado em branco, lhe for impugnado o conteúdo, por preenchimento abusivo. Nessa hipótese, cumpre à parte que arguir o preenchimento abusivo (o embargante) comprová-lo. No presente caso, o contrato original e troca de *e-mails* não impugnados são documentos hábeis a comprovar o preenchimento abusivo.

Capítulo 10

Daniel agiu precipitadamente e de maneira ilegal. O direito ao penhor legal assiste a todos aqueles que se enquadram nas previsões do art. 1.467 do CC. Todavia, como regra geral, esse penhor só pode ser efetivado após pedido formulado ao juiz (ou após pedido formulado a notário), por procedimento autônomo. Não pode o credor tomar para si bens do devedor simplesmente por entender-se inserido em uma das duas situações descritas no art. 1.467 do CC.

Apenas em situações excepcionais, quando caracterizado o perigo na demora, poderá o credor, de plano e independentemente de provimento judicial, apossar-se dos bens descritos no artigo indicado. É neste caso, somente, que se designa a medida de homologação de penhor legal.

Daniel, portanto, não poderia ter agido por conta própria, pois não estava diante de uma situação de urgência. Além disso, o fato de tratar-se aqui de hipótese de autotutela recomenda interpretação restritiva. Isso significa que o penhor legal somente pode incidir, neste caso, sobre bens móveis que guarneçam o prédio arrendado (art. 1467, II, do CC).

Não parece que o automóvel do inquilino possa ser objeto de penhora legal, já que sua função não é guarnecer o prédio.

Por fim, e também como decorrência da interpretação restritiva que deve ser dada ao dispositivo, apenas para os créditos expressamente designados em lei é possível o penhor legal: no presente caso, apenas os valores referentes aos aluguéis ou rendas poderiam ser protegidos pelo penhor legal. Não estão compreendidos no permissivo legal os valores indiretamente ligados a tais débitos, como as despesas condominiais e os tributos incidentes sobre o imóvel.

Desse modo, em sua defesa, Josué poderá alegar: a) a nulidade do processo, uma vez que o penhor legal deveria ser precedido de autorização judicial; b) não estarem os valores das dívidas condominiais e tributárias compreendidas entre as previstas em lei; c) não estar seu veículo compreendido entre os bens sujeitos a penhor legal (art. 704 do CPC).

Apresentada a defesa, o processo seguirá o rito comum, e o penhor legal, neste caso, não deverá ser homologado pelo magistrado.

Capítulo 11

As interpelações destinam-se à expressão de vontade do requerente que, em si mesma, não produz efeitos jurídicos. A produção desses efeitos depende da ação ou omissão do interpelado. A função da interpelação é buscar que o requerido faça ou deixe de fazer alguma coisa que o requerente entenda legítimo.

Já as notificações judiciais têm por objetivo comunicar a alguém a vontade do agente, de modo a dar a outrem ciência formal de sua intenção.

Não é o caso, portanto, de interpelação, mas de notificação. Afinal, a denunciação de um contrato de locação por tempo indeterminado não depende de ato a ser praticado pelo locatário. Trata-se de direito potestativo do locador. Para a resilição, basta a comunicação prévia ao locatário (art. 57 da Lei 8.245/91).

O ajuizamento de uma ação em lugar da outra, entretanto, não acarreta maiores consequências jurídicas. Tendo em vista que o procedimento de ambas é o mesmo, pode o juiz receber a inicial como se de notificação se tratasse. Incide o comando do art. 723, parágrafo único, do CPC, segundo o qual o magistrado não está vinculado à legalidade estrita, podendo adotar a providência que entenda a mais conveniente e oportuna ao caso concreto. Diante desse poder, e tendo em vista a ausência de prejuízo, não faria sentido a simples extinção do processo.

Quanto à comunicação para que a empresa proceda ao imediato pagamento dos valores tributários, trata-se de medida que nitidamente extrapola a função da notificação judicial. Evidentemente, a parte tenta se utilizar do Judiciário para emprestar à sua

pretensão (não judicializada) uma aparência de ordem judicial. Não pode o magistrado admitir que as figuras em questão sejam utilizadas para induzir o requerido a crer que há decisão judicial ali veiculada. Se a parte pretende ser ressarcida desses valores, deve ajuizar a ação de conhecimento correspondente.

Por esse motivo, deve o juiz indeferir liminarmente o pedido de imediato pagamento de valores, pois falta ao requerente legítimo interesse. Com relação á denunciação do contrato e prazo para desocupação, deverá o magistrado encaminhar ao requerido a notificação, mediante a entrega direta dos autos ao destinatário.

Casos da Parte III

Capitulo 1

a) Sim. As locações por prazo determinado (igual ou superior a trinta meses), contratadas por escrito, geram direito de retomada no vencimento independentemente de motivação; a inocorrência de motivo de prorrogação legal impositiva, uma vez findo o prazo do contrato; e o direito à denúncia vazia, ou seja, à retomada imotivada do bem, depois da conclusão do prazo do contrato, em caso de prorrogação tácita da locação, concedido o prazo de trinta dias para desocupação. A conduta de Flávio foi correta ao notificar o locatário para desocupar o bem no prazo legal.

b) Embora não se esteja diante de uma das hipóteses previstas no art. 59, § 1.º, da Lei de Locações, é possível conceder a antecipação de tutela com base nos requisitos gerais dos arts. 300 e 311 do CPC.

c) A ação de despejo segue, em linhas gerais, o rito ordinário. Será possível, assim, acrescentar o pedido de pagamento dos aluguéis e acessórios, observados os requisitos do art. 329 do CPC. Neste caso, citar-se-á o locatário para responder ao pedido de rescisão e o locatário e os fiadores para responderem ao pedido de cobrança, devendo ser apresentado cálculo discriminado do valor do débito. As parcelas vincendas presumem-se inseridas no pedido.

d) Sim. Como não houve alteração contratual após o escoamento do prazo de 36 meses, a locação por tempo determinado convolou-se em locação por tempo indeterminado. E, em se tratando de ação de despejo fundada em denúncia vazia de contrato de locação residencial por prazo indeterminado, caso o réu reconheça o pedido do autor, receberá prazo maior para a desocupação voluntária do bem. O juiz julgará procedente a ação de despejo, mas fixará prazo de seis meses para a saída voluntária do réu, contados da citação, atribuindo a ele ainda a responsabilidade pelas custas e pelos honorários advocatícios (de vinte por cento) do patrono do autor. Desocupado o bem no prazo indicado, o réu ficará isento desse ônus. Nada impede que as partes acordem prazo maior ou outras condições para a desocupação. Nesse caso, será aplicável o regime da transação.

Capítulo 2

a) Sim. Nos termos do art. 4.º da Lei 6.383/1976, a discriminação pela via administrativa será iniciada, de ofício, por comissão designada pelo Incra. A comissão deverá instruir o procedimento com memorial descritivo da área atingida, para então iniciar a fase de convocação dos interessados. Para tanto, o presidente da comissão fará publicar edital, com prazo de sessenta dias (contados da segunda publicação), para que os interessados apresentem, em local ali indicado, seus títulos, documentos, informações de suas porções de terra relativas à origem e sequência dos títulos, localização, valor e área estimados, titularidade ou condição da posse, confrontação, benfeitorias e utilizações dadas ao imóvel, bem como sobre a existência de eventuais ônus sobre ele. O edital deve ser afixado em local público, na sede dos municípios e distritos, onde se situa a área em questão, bem como publicado, por duas vezes e de modo simultâneo, no *Diário Oficial da União*, nos órgãos oficiais do Estado ou Território e na imprensa local, com intervalo de oito a quinze dias, entre uma publicação e outra (art. 4.º, § 3.º). Não é necessária notificação individual dos interessados.

b) Não. A Lei 6.383/1976 prevê, em seu art. 19, que a ação discriminatória (ou seja, a discriminação por via judicial) será ajuizada, dentre outras hipóteses, contra aqueles que não atenderem ao edital de convocação. Em relação a estes, o ajuizamento da ação será obrigatório. Como prescreve o art. 14 da Lei, o silêncio dos interessados gera presunção legal de discordância. A Administração Pública não pode, diante tão somente da contumácia do interessado, supor que ele esteja abdicando de sua propriedade.

c) Sim. A Lei prevê que os supostos proprietários e ocupantes que não atenderem à convocação para o procedimento administrativo perdem o direito de "acesso ao crédito oficial ou aos benefícios de incentivos fiscais, bem como terão cancelados os respectivos cadastros rurais junto ao órgão competente" (art. 14, parágrafo único). Embora a previsão possa parecer inconstitucional, ela se justifica plenamente. Afinal, a partir daí, na ótica da Administração Pública, há grande probabilidade de a área ser pública, como se pretende demonstrar com a propositura da ação de discriminação.

d) O objeto da ação discriminatória consiste em separar e titular terras públicas, chamadas de terras devolutas, do patrimônio imóvel particular. Ou seja, é uma ação utilizada pelo poder público para identificar e titular suas próprias terras. Uma vez identificado que determinada terra é devoluta (e, portanto, pública), pode-se regularizar sua ocupação, com a concessão de Licença de Ocupação, assim como é possível determinar a remoção de pessoas da área, ou ainda adotar-se outra providência adequada para o caso concreto.

Casos da Parte IV

Capítulo 1

Haja vista a previsão do art. 18, § 1.º, do CDC – no sentido de que, caso o vício do produto não seja sanado em trinta dias, pode o consumidor exigir a substituição do produto, a restituição da quantia paga ou o abatimento proporcional do preço –, e diante da inércia dos fornecedores, poderia ser ajuizada uma ação, para exercer alguma dessas possibilidades, especialmente uma das duas primeiras, cumulando, eventualmente, demanda ressarcitória, para reparar dano decorrente da impossibilidade de utilizar o produto, se existente. Considerando os contornos do caso, seria adequada a utilização de juizado especial estadual – se o valor da causa não ultrapassar quarenta salários mínimos –, sendo que, inclusive, se não atingir-se a metade daquela quantia, o próprio Francisco teria capacidade postulatória.

Capítulo 2

A competência dos juizados especiais é fixada conforme o valor da causa, no início do processo. Posteriormente, pode o valor total a ser recebido pela parte autora ser superior ao limite de quarenta salários mínimos (esfera estadual). No caso, o valor de R$ 100 mil decorre de sentença proferida no juizado especial, mantendo-se a competência para a atuação do julgado (art. 3.º, § 1.º, I, e art. 52, da Lei 9.099/1995). Não se sustenta, portanto, a defesa de Jorge.

Capítulo 3

O valor da causa seria correspondente aos 4 anos em que não recebeu o benefício, mais as doze parcelas vincendas (art. 3.º, § 2.º, da Lei 10.259/2001). Portanto, considerando ser o benefício equivalente a dois salários mínimos, o total seria superior aos sessenta que fixam a competência dos juizados especiais federais (art. 3.º, *caput*, da Lei 10.259/2001). Não obstante, poderia a ação ser de competência do juizado, com renúncia à quantia que ultrapassa os sessenta salários mínimos.

Casos da Parte V

Capítulo 1

De fato, apenas o candidato aprovado dentro do número de vagas previsto em edital tem direito líquido e certo à nomeação. Mas, neste caso, José – o segundo colocado – pode ser considerado titular de um direito decorrente do direito de Samuel, enquadrando-se na previsão do art. 3.º da Lei 12.016/2009.

Desse modo, assim que vencido o prazo de validade do concurso, José deve notificar judicialmente Samuel (o titular do direito originário) para que impetre mandado de segurança, no prazo de 30 dias, buscando sua nomeação.

Passado esse prazo, caso Samuel permaneça inerte, José poderá impetrar, nos 90 dias restantes, em nome próprio, mandado de segurança para assegurar o direito de

Samuel ser nomeado. Concedida a segurança, Samuel será convocado e provavelmente desistirá da vaga, porquanto já aprovado em outro cargo. Assim, será convocado o segundo colocado – José – para assumir a vaga.

Anote-se que, caso a Administração não convoque o segundo colocado, José poderá impetrar um novo mandado de segurança, agora em nome próprio, para assegurar seu próprio direito à nomeação. O writ deverá ser impetrado no prazo de 120 dias a partir da omissão estatal.

Capitulo 2

É preciso cuidado para avaliar o requisito do interesse pessoal. Não é cabível habeas data para obter documentos relativos a terceiros, mas somente dados relativos à pessoa do próprio impetrante. Tampouco se admite a impetração de habeas data para obter certidão junto a repartições públicas, nem para ter vistas de autos de processo administrativo. Em todos esses casos, os documentos são de interesse público, razão pela qual deve-se impetrar mandado de segurança – ação cabível de maneira subsidiária (REsp 904.447/RJ, rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJ* 24.05.2007; EDHD 67/DF, Primeira Seção, rel. Min. Denise Arruda, *DJ* de 02.08.2004). Caso a limitação de acesso seja referente a inquérito policial ou autos de ação penal, como no presente caso, deve-se impetrar habeas corpus, já que essa restrição pode implicar violação indireta ao direito de ir e vir (STF – HC 82.354-8/PR – 1.ª T. – rel. Min. Sepúlveda Pertence – *DJU* 24.09.2004 – p. 42).

Além de ter se utilizado da ação errada, Natanael esqueceu ainda de pressuposto indispensável para demonstrar o interesse de agir. O *habeas data*, nos termos da Lei 9.507/1997, só é admissível quando acompanhado de prova da negativa ou omissão da autoridade coatora em fornecer ou retificar as informações.

Capítulo 3

a) A ação popular é meio processual destinado à tutela do patrimônio público (ou de entidade de que o Estado participe), à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. O território de um estado-membro pode ser classificado como patrimônio (imaterial), de modo que é possível sua tutela por meio da ação popular.

b) A ação popular pode ser ajuizada por qualquer cidadão – condição esta aferida a partir da capacidade eleitoral ativa. Uma vez que João é deputado estadual, presume-se que esteja no pleno gozo de seus direitos políticos, tendo tanto capacidade eleitoral ativa quanto passiva. A prova de sua legitimidade será feita com cópia de seu título de eleitor, conforme determina a LAP. Com relação à capacidade passiva, a ação deve ser ajuizada em face de três pessoas: a autoridade que praticou o ato; os eventuais beneficiários do ato; e a pessoa jurídica interessada – aquela que teve seu patrimônio lesado. No presente caso, essas pessoas são o Presidente da República, a comunidade indígena (corretamente representada pela Funai) e o Estado-membro cujo território sofreu

demarcação (o qual poderá escolher se ocupa o polo passivo ou se migra para o polo ativo da ação, em litisconsórcio ulterior com o autor popular). Como o ato cuja invalidação se busca foi praticado pelo Presidente da República, há evidente interesse da União, cuja citação também se impõe.

c) Sim. Mas a definição da competência, neste caso, exige aprofundamento. O ajuizamento em primeiro grau de jurisdição, em princípio, está correto. O fato de o Presidente da República ocupar o polo ativo da ação não desloca, por si só, a competência para o STF. Não há foro por prerrogativa de função na ação popular. A causa, entretanto, veicula um potencial conflito de interesses entre um Estado-membro e a União. Caso o Estado-membro compareça aos autos e decida ocupar o polo ativo da ação ao lado do autor popular, haverá efetiva contraposição entre a União e o Estado-membro. Nessa hipótese, configura-se conflito federativo, que faz incidir a regra do art. 102, I, *f*, da Constituição, o que atrai a competência originária do STF. Nesse caso, a ação deverá ser remetida ao STF.

Casos da Parte VI

Capítulo 1

A decisão do magistrado não foi adequada. Para além da possibilidade de enquadrar alguma das organizações – que pleitearam participar do processo – como legitimada para ação coletiva (art. 82 do CDC), tem-se que o entendimento do juiz mostrou-se ainda preso à lógica do processo individual ou, mais precisamente, de um processo individualista. Mesmo para o âmbito individual, o Código de Processo Civil prestigia a colaboração e a participação (por exemplo, artigo – texto consolidado), tendo isso ainda mais relevo no âmbito das ações coletivas (elas mesmas, mecanismos de participação popular). Ademais, veja-se que o problema versado no caso concreto mostra-se potencialmente complexo, havendo menos razão ainda para afastar a participação de outras pessoas por ele afetadas, pessoas estas que, aliás, podem trazer informações úteis à tutela efetiva do direito transindividual. A decisão judicial, portanto, indeferindo genericamente os requerimentos, contrariou a própria filosofia da tutela coletiva, além de normas gerais do Código de Processo Civil. Analisando individualmente cada um dos requerimentos, para verificar inclusive a representatividade ou idoneidade de cada uma das organizações, poderia o juiz ter possibilitado a participação delas, por exemplo, com emprego da figura dos *amici curiae*, como acontece mais comumente nas ações de controle direto de constitucionalidade.

Capítulo 2

A conclusão do advogado é equivocada, em relação a ambas as razões. O sistema de proteção coletiva, seja de direitos difusos ou coletivos, seja de individuais, é amplo, permitindo a tutela dos mais diferentes interesses, incluindo o direito à liberdade religiosa de determinada minoria. Ademais, em decorrência de uma recente alteração na Lei da

Ação Civil Pública, o diploma passou a prever expressamente que ação coletiva pode ser ajuizada para conferir tutela "à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos" (art. 1.º, VII, inciso incluído pela Lei 12.966/2014), o que certamente teve apenas a finalidade de explicitar a possibilidade – não de criá-la –, afastando qualquer dúvida a respeito. O segundo argumento utilizado pelo advogado tampouco se sustenta, haja vista que, em relação aos legitimados passivos, igualmente o microssistema processual coletivo é amplo, e os diretos fundamentais também têm eficácia em relação aos particulares, não somente ao Estado.

Capítulo 3

O primeiro fundamento da decisão é descabido, considerando que a Defensoria Pública, que teve sua legitimidade para propor ação coletiva explicitada pela Lei 11.448/2007, ao alterar o art. 5.º da Lei da Ação Civil Pública (além da previsão da LC 80/1994, art. 4.º, VII, com redação dada pela LC 132/2009, diploma aquele que disciplina a organização da DPU, entre outras providências), pode buscar proteção tutela jurisdicional das três espécies de direito coletivo, conforme classificação operada pelo parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor. Além disso, o fato de eventual procedência dos pedidos beneficiar outros sujeitos que não somente aqueles economicamente hipossuficientes não é capaz de afastar aquela legitimidade. O que não é possível é a tutela exclusiva de quem não se encaixe no perfil de pessoas assistidas pela instituição. Além do mais, para reforçar o raciocínio, não é absurdo afirmar que, no caso de tutela de direitos dos segurados da Previdência Social, é substancialmente significativo o número de pessoas que se enquadram na condição de "necessitados" (art. 134 da Constituição).

Capítulo 4

O recurso deve ser desprovido. Primeiro, porque, se inviável a tutela específica, como no caso – inclusive em razão de conduta do próprio réu, que descumpriu a ordem judicial liminar –, é devido a obrigação ser convertida em perdas e danos no próprio processo, nos termos do art. 84, § 1.º, do CDC. Ademais, quanto ao segundo argumento do recorrente, aquele mesmo artigo, no § 4.º, estabelece a possibilidade de ser cominada multa coercitiva para obrigar impor ou evitar a prática de determinado ato, e tal multa é cominada (e aplicada) sem prejuízo de eventual indenização (§ 2.º).

Capítulo 5

O procedimento previsto a partir do art. 91 do CDC, chamado de "ação civil coletiva" e que resulta em uma sentença condenatória genérica, é apenas uma das formas possíveis de os direitos individuais homogêneos serem coletivamente tutelados. São viáveis as mais diversas formas de tutela e técnicas processuais, conforme exposto no texto. No caso, apreciando as particularidades da situação, o juiz concluiu que a tutela jurisdicional mais efetiva seria aquela prestada com a utilização de sentença mandamental, ordenando que o

próprio réu providenciasse a devolução dos valores cobrados indevidamente, em vez de aguardar que cada um dos lesados procedesse à liquidação e à execução individuais. De fato, considerando a possibilidade de muitos consumidores não irem sozinhos a juízo, provavelmente em razão do valor a ser recebido – que, em cotejo com os custos do processo, não os compensaria –, bem como que a ré é que tem as informações relativas às quantias cobradas e os dados dos usuários, a técnica adotada se mostra mais efetiva e eficiente.

Capítulo 6

O art. 16 da Lei da Ação Civil Pública, com a redação conferida pela Lei 9.494/1997, dispõe que "a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator". A previsão é equivocada e inaplicável, até por questões lógicas, à tutela de direitos transindividuais. No caso, pretende-se, com a vedação do uso dos produtos químicos tóxicos, tutelar o direito fundamental coletivo ao meio ambiente sadio, considerado "difuso", na classificação feita no art. 81, parágrafo único, do CDC. A falta de lógica pode ser notada, por exemplo, pela simples constatação de que permitir que os produtos sejam utilizados na propriedade até a divisa de um dos estados tiraria boa parte, senão toda, da utilidade da proibição no outro, já que a contaminação do solo provavelmente se estenderia para além dos limites territoriais formais. Assim, haja vista que as ações têm a mesma causa de pedir e o mesmo pedido (cessar o uso em toda a propriedade daqueles produtos tóxicos), há litispendência.

Casos da Parte VII

Antes de mais nada, deve-se notar que, tecnicamente, há imprecisão na redação da cláusula. O dispositivo é, na verdade, uma cláusula compromissória, não um compromisso arbitral. A diferença essencial consiste no fato de que a cláusula compromissória, além de estar sempre inserida em contrato (ou a ele aderir), determina que litígios futuros serão dirimidos por meio da arbitragem. Já o compromisso arbitral se refere sempre a um litígio atual. Por esse motivo, deve ser muito mais específico, definindo desde logo quais questões serão submetidas ao árbitro. No compromisso, as partes devem definir e delimitar a matéria posta à consideração dos árbitros, o que constitui sua principal função.

Quanto à validade, a cláusula em estudo é evidentemente viciada. Em primeiro lugar, porque, em se tratando de contrato de adesão, a cláusula compromissória somente será válida se o aderente ou tomar a iniciativa na previsão da sua instituição, ou concordar expressamente com ela, por escrito em documento anexo ou em cláusula destacada, com a assinatura ou visto especial para esta previsão. Em segundo lugar, porque há limitação indevida ao direito de defesa. Não se pode aceitar ainda que com a concordância das partes o estabelecimento de procedimento restritivo ao direito ao contraditório e à ampla defesa. Isso porque o contraditório limitado, que não admite o exame aprofundado dos fatos ou a dedução de toda matéria pertinente ao caso, é excepcional, apenas se justificando se presente alguma outra garantia constitucional em risco. Para identificar

quais são esses casos, deve-se utilizar o critério da proporcionalidade, que somente pode ser adequada e definitivamente examinado pelo Legislativo ou pelo Poder Judiciário. Não podem as partes, inadvertidamente, abrir mão de direitos fundamentais.

Por fim, a conveniência da cláusula, tal qual redigida, é quase inexistente, vez que não se define quem será o arbitro, nem a forma de sua escolha. Isso faz com que as partes tenham de ir ao Judiciário para definir tais questões – o que já retira quase que totalmente a vantagem da cláusula compromissória, que é justamente evitar a via jurisdicional para a resolução de um litígio que não envolve direitos indisponíveis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, CAPISTRANO DE. *O descobrimento do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (orgs.). *Direito e processo – Estudos em homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti.* Florianópolis: Conceito Editorial, 2011.

ALEXY, ROBERT. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALMEIDA, GREGÓRIO ASSAGRA DE. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALVIM, AGOSTINHO. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Jurídica Universitária, 1965.

ARENHART, SÉRGIO CRUZ. A doutrina brasileira da multa coercitiva. Três questões ainda polêmicas. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, vol. 396, p. 233 e ss., mar.-abr./2008.

_____. A prisão civil como meio coercitivo. In: TESHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, MARIÂNGELA GUERREIRO; PORTO, SÉRGIO GILBERTO. *Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007.

_____. A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CASTRO MENDES, Aluísio Alves de; WATANABE, Kazuo (coords.). *Direito processual coletivo*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

_____. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Ed. RT, 2000.

_____. Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro. *Revista Jurídica*. Porto Alegre: Notadez, n. 343, p. 25 e ss., mai. 2006.

_____. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

_____. Tutela coletiva e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coords.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. *A tutela coletiva de interesses individuais – para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Ed. RT, 2013.

_____. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de processo*, São Paulo: Ed. RT, vol. 225, p. 389 e ss., nov. 2013.

ASSIS, JACY DE. *Ação discriminatória*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1978.

AZEVEDO, ALVARO VILLAÇA. *Prisão civil por dívida*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000.

BARBI, CELSO AGRÍCOLA. *Do mandado de segurança*. 9. ed. atual. por Eliana Barbi Botelho. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2000.

BARBOSA MOREIRA, JOSÉ CARLOS. Tutela sancionatória e tutela preventiva. *Temas de direito processual – 2.ª série.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BASTOS, CELSO RIBEIRO; MARTINS, IVES GANDRA. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. vol. 2.

BUENO, CÁSSIO SCARPINELLA. *Habeas data*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JR., Fredie (coords.). *Procedimentos especiais*. São Paulo: Saraiva, 2003.

BUZAID, ALFREDO. *Do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1989. vol. I.

CALAMANDREI, PIERO. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires: Libreria 'El Foro", 1996.

CANARIS, CLAUS-WILHELM. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. GOMES. Constituição e défice procedimental. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992.

CAPPELLETTI, MAURO. Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile. *Rivista di Diritto Processuale,* 1975, p. 365 e ss.

_____; GARTH, BRYANT. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARMONA, CARLOS ALBERTO. *Arbitragem e processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CARNEIRO, ATHOS GUSMÃO. Questões relevantes nos processos sob rito sumário. Perícia. Recursos. Juizados especiais cíveis. *Ajuris* 67/173 e ss.

CARNELUTTI, FRANCESCO. *Instituições do processo civil.* Trad. Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999. vol. 1.

_____. *Sistema de derecho procesal civil*. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: UTEHA, 1944, p. 89. vol. 1.

_____. *Sistema del diritto processuale civile.* Padova: Cedam, 1939. vol. 3.

CARPI, FEDERICO. Flashes sulla tutela giurisdizionale differenziata. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1980, p. 237 e ss.

CAVALCANTI, THEMÍSTOCLES BRANDÃO. *A Constituição Federal comentada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Konfino, 1952. vol. III.

_____. *Do mandado de segurança*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966.

CHIARLONI, SÉRGIO. *Misure coercitive e tutela dei diritti*. Milano: Giuffrè, 1980.

CHIOVENDA, GIUSEPPE. *Instituições de direito processual civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1942. vol. 1.

_____. *Principios de derecho procesal civil*. Trad. José Casais y Santaló. Madrid: Reus, 1925. t. II.

CINTRA JUNIOR, DYRCEU AGUIAR DIAS. Interesses metaindividuais, questão de acesso à justiça. *Revista dos Tribunais*, vol. 676, São Paulo: Ed. RT, fev. 1992.

COMPORTI, MARCO. *Diritti reali in generale.* Milano: Giuffrè, 1980.

DELGADO, JOSÉ AUGUSTO. A tutela do processo na Constituição de 1988. *Revista de processo*, n. 55, p. 94 e ss.

DENTI, VITTORIO. Le azioni a tutella di interessi colettivi. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, 1974.

_____. *Un progetto per la giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 1982.

DIAS, FRANCISCO BARROS. Inconstitucionalidade das normas impeditivas de liminares. *Revista de Processo*, n. 59, São Paulo: Ed. RT, p. 125 e ss., jul.-set. 1990.

DIDIER JR., FREDIE. Aspectos processuais do usucapião especial rural e urbano. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JR., Fredie (coords.). *Procedimentos especiais*. São Paulo: Saraiva, 2003.

DI MAJO, ADOLFO. *La tutela civile dei diritti.* Milano: Giuffrè, 1993.

DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA. *Direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1993.

DOTTI, ROGÉRIA FAGUNDES. A crise do processo de execução. *Gênesis – Revista de Direito Processual Civil*, vol. 2, Curitiba: Gênesis, p. 386-387, mai.-ago./1996.

ENNECERUS, LUDWIG; KIPP, THEODOR; WOLFF, MARTIN. *Tratado de derecho civil – Derecho de obligaciones*. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1954. vol. I, t. II.

FABRÍCIO, ADROALDO FURTADO. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1995. vol. VIII, t. III.

FERREIRA, ÁLVARO ÉRIX. Garantia constitucional de acesso à tutela jurisdicional. *Revista dos Tribunais*, vol. 659, São Paulo: Ed. RT, p. 40 e ss., set. 1990.

FIGUEIRA JR., JOEL DIAS. *Liminares nas ações possessórias*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1999.

GIANNINI, AMEDEO. Gli studi di diritto processuale in Italia. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1949.

GIDI, ANTONIO. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GOMES, ORLANDO. *Contratos*. 17. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1997.

GRECO, PAOLO. Beni immateriali. *Novissimo Digesto Italiano*, v. 2, p. 365.

GRINOVER, ADA PELLEGRINI. Deformalização do processo e deformalização das controvérsias. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____. O novo processo do consumidor. *Revista de Processo* 62/142.

_____ et alii. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

GUERRA, MARCELO LIMA. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

_____. *Execução indireta*. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Ed. RT, 1999.

MANCUSO, RODOLFO DE CAMARGO. *Ação civil pública.* 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 1997.

_____. Defesa do consumidor: reflexões acerca da eventual concomitância de ações coletivas e individuais. *Revista do consumidor*, vol. 2.

MARCATO, ANTONIO CARLOS. *Procedimentos especiais*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARINONI, LUIZ GUILHERME. *A antecipação da tutela*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. A jurisdição no estado contemporâneo. *Estudos de direito processual – Homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Ed. RT, 2005.

_____. A proteção possessória às marcas comerciais. *RePro*, vol. 51, p. 197 e ss.

_____. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 1993.

_____. _____. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Ed. RT, 2006; 2. ed., 2008.

_____. *Teoria geral do processo.* 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007 (*Curso de Processo Civil,* vol. 1).

_____. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Ed. RT, 1992.

_____. *Tutela específica*. São Paulo: Ed. RT, 2000.

_____. *Tutela inibitória*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000.

_____; ARENHART, SÉRGIO CRUZ. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005. vol. 5, t. II.

_____; _____. *Processo cautelar.* São Paulo: Ed. RT, 2008 (*Curso de Processo Civil,* vol. 4).

_____; _____. *Processo de conhecimento.* 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.

_____; MITIDIERO, DANIEL. *Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2008.

MARQUES, CLAUDIA LIMA. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1995.

MAXIMILIANO, CARLOS. *Comentários à Constituição brasileira – 1946*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, s/d. vol. III.

MAZZAMUTO, SALVATORE. *L'attuazione degli obblighi di fare*. Napoli: Jovene, 1978.

MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MENDES, GILMAR FERREIRA; COELHO, INOCÊNCIO MÁRTIRES; BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, JORGE. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. t. IV.

MONTESANO, LUIGI. Luci ed ombre in leggi e proposte nel processo civile, *Rivista di diritto processuale*, 1979.

NERY JUNIOR, NELSON. Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor. *Revista do Consumidor*, vol. 1, p. 208.

_____; NERY, ROSA MARIA DE ANDRADE. *Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 1997.

NUNES, JOSÉ DE CASTRO. *Do mandado de segurança*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1954.

OLIVEIRA, WILSON DE. *Inventários e partilhas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

PICARDI, NICOLA. I processi speciali. *Rivista di diritto processuale*, 1982, p. 700 e ss.

PISANI, ANDREA PROTO. *Appunti sulla giustizia civile*. Bari: Cacucci, 1982.

_____. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1994.

_____. Sulla tutela giurisdizionale differenziata. *Rivista di diritto processuale*, 1979, p. 536 e ss.

PONTES DE MIRANDA, FRANCISCO CAVALCANTI. *Comentários à Constituição de 1967 – Com a Emenda 1, de 1969*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1971. t. V.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1976. t. XII; 1977, t. XIII; 3. ed., 2008, t. XV.

_____. *Tratado das ações*. Atual. Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998, t. 1; 1999. t. VI.

_____. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. t. XXIV; 1963,

ts. XII e XLII.

POTHIER, R. J. *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Heliasta, 1993.

RAPISARDA, CRISTINA. *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova: Cedam, 1987.

RODRIGUES, HORÁCIO Wanderlei. Lei 9.099/1995: a obrigatoriedade da competência e do rito, *Ajuris* 67/186 e ss., jul. 1996.

SANTOS, ERNANI FIDELIS DOS. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1978. vol. VI.

SARLET, INGO WOLFGANG. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SATTA, SALVATORE. Dalla procedura civile al diritto processuale civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1964.

_____. *Diritto processuale civile.* Padova: Cedam, 1987. vol. 1.

SHIMURA, SÉRGIO. Efetivação das tutelas de urgência. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo de execução*. São Paulo: Ed. RT, 2001.

SCHÖNKE, ADOLFO. *Derecho procesal civil*. Trad. espanhola da 5. ed. alemã. Barcelona: Bosch, 1950.

SILVA, CLÓVIS DO COUTO E. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 1977. vol. XI, t. I.

SILVA, OVÍDIO BAPTISTA DA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2000, vol. 13.

_____. *Curso de processo civil*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000. vol. 2.

_____. *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1996.

_____. *Jurisdição e execução.* São Paulo: Ed. RT, 1996.

SOUZA, Wilson Alves de. Normas proibitivas de concessão de liminares: inconstitucionalidade. *Revista de Processo*, n. 66, São Paulo: Ed. RT, p. 104 e ss., abr.-jun. 1992.

TÁCITO, CAIO. Mandado de segurança preventivo. *Revista de direito administrativo*, n. 61, Rio de Janeiro: FGV, p. 222, jul.-set. 1960.

TARUFFO, MICHELE. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi.* Bologna: Il Mulino, 1980.

TESSLER, LUCIANE GONÇALVES. O papel do Judiciário na concretização dos direitos fundamentais. *Estudos de direito processual civil – homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão.* São Paulo: Ed. RT, 2005.

TUCCI, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E. *Ação monitória*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001.

VALENCIA ZEA, ARTURO. *La posesión.* Bogotá: Temis, 1983.

VENTURI, ELTON. A tutela executiva dos direitos difusos nas ações coletivas. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo de execução e assuntos afins*. São Paulo: Ed. RT, 1998.

_____. *Execução da tutela coletiva*. São Paulo: Malheiros, 2000.

VERDE, GIOVANNI. Ennesima variazione giurisprudenziale in tema di provvedimenti ex art. 700 c.p.c. *Rivista di diritto processuale*, 1980, p. 581 e ss.

VILLONE, MASSIMO. La collocazione istituzionale dell'interesse diffuso. *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*. Milano: Giuffrè, 1976.

WATANABE, KAZUO et alii. *Comentários ao Código brasileiro de Defesa do Consumidor (comentado pelos autores do anteprojeto)*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

YEAZELL, STEPHEN C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven: Yale University Press, 1987.

ZAVASCKI, TEORI ALBINO. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. *Revista de Processo*, n. 78, p. 33.