PONTES DE MIRANDA

ATUALIZAÇÃO LEGISLATIVA DE
SERGIO BERMUDES

# COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

4ª edição

REVISTA E AUMENTADA

EDITORA FORENSE

# COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

# TOMO II

**(Arts. 46 a 153)**

## TÍTULO II

# DAS PARTES E DOS PROCURADORES

# CAPITULO V

## DO LITISCONSÓRCIO E DA ASSISTENCIA

Seção 1

DO LITISCONSÓRCIO

1.Pluralidade subjetiva

2.Eficácia fáctica e eficácia jurídica

3.Até quando é suscitável o litisconsórcio

4.Cumulação subjetiva

*Art.* 46

1.Pressupostos do litisconsórcio

2.Comunhão de direitos e obrigações

3.Conexão

4.Afinidade de questões quanto a ponto comum de direito

5.Mesmo fundamento de fato ou de direito

6.Herdeiró e litisconsórcio

*Art. 47e parágrafo único*

1.Litisconsórcio necessário unitário

2.Revelia de lisconsorte

3.Terminação do processo e litisconsórcio necessário

4.Relação jurídica processual e listisconsórcio

*5.* Princípios sobre litisconsórcio necessário não-unitário e sobre litisconsórcio necessário unitário 6.Condomínio e litisconsórcio

7.Os comuneiros de edifícios de apartamentos nas relações com terceiros 8.Regras jurídicas gerais às comunhões

9.Integração da contestação, no litisconsórcio unitário

10.Litisconsórcio necessário e extinção do processo

11.“Exceptio plurium litisconsortium”

12.Declaração de ofício

13.Sentença concernente à ação em que ocorreu litisconsórcio necessário unitário 14.Eficácia sentencial *Art. 48*

1.Litisconsórcios necessários simples

2.Exceções às regras jurídicas do art. 48

3.Litisconsórcios forçados *Art. 49*

1.Promoção dos atos processuais pelos litisconsortes

2.Declaração da ciência de citação ou intimação da parte contrária

3.Declarações de vontade e comunicações de conhecimento

CAPITULO VI

Seção II

DA ASSISTÊNCIA

*Art. 50 e parágrafo único*

1.Interesse jurídico

2.Litisconsórcio e assistência

3.“Ações” e assistência

4.Início da atuação do assistente

*5.* Espécies de assistência *Ar:. 51*

1.Pedido de assistente

2.Impugnação e falta de impugnação

3.Tipo de procedimento *Ari. 52 e parágrafo único* 1.Função assistencial

2.Poderes e ônus processuais

3.Revelia da parte assistida *Art. 53*

1.Atitude da parte assistida

2.Terminação da função assistencial *Ari. 54 e parágrafo único* 1.Assistência e litisconsórcio. Intervenção

2.“Interventio adiuvando” e terceiro

3.Interesse jurídico próprio do assistente

4.Pressupostos exigidos ao assistente litisconsorcial

*5.* Assistente litisconsorcial e custas

6.Entrada do assistente litisconsorcial

7.Assistente e atos processuais

8.Momento em que se há de pedir a assistência litisconsorcial

9.Impugnação e falta de interesse jurídico

10.Cessação da assistência litisconsorcial *Art. .55*

1.Trânsito em julgado e justiça da sentença

2.Ressalvas ao principio da incontrovertibilidade

3.Desconhecimento de alegações e provas que teriam de ser feitas pelo assistido
DA INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

1.Intervenção de terceiros, em senso estnto812.Espécies de intervenção de terceiro83

Seção 1

DA OPOSIÇÃO

*Art. 56*

1.Oposição de terceiro

2.Oposição parcial de terceiro

3.Conceito de terceiro *Art. 57 e parágrafo único* 1.Processo da oposição de terceiro

2.Tempo em que se propõe a oposição de terceiro

3.Curso do processo apensado ou em auto apartado

4.Citação na pessoa do advogado

*5.* Contestação e exceções

6.Citação e oposição *Art. 58*

1.Reconhecimento da procedência do pedido

2.Pluralidade de opoentes *Art. 59*

1.Oposição oferecida antes da audiência

2.Apensação aos autos principais

3.Mesma sentença

4.Antes da abertura da audiência *Art. 60*

1.Oposição após iniciada a audiência

2.Suscitamento

3.Sobrestamento do processo da ação principal *Art. 61*

1.Unificação de julgamentos

2.Pretensão do terceiro à sentença própria

3.Se o condenado não recorre ou se recorre, sendo após proferida a sentença na oposição 4.Julgamento prévio

5.Eficácia da sentença da oposição

Seção II

DA NOMEAÇÃO À AUTORIA

*Arts.62 e 63*

*1.*Nomeação à autoria ou “laudatio auctoris”

2.Ação de indenização à autoria

3.Nomeante que se desliga do processo e nomeante que dele não se desliga
4.Mudança de parte e não de ação *Art. 64 Art. 65*

1.Requerimento do demandado

2.Aceitação ou recusa pelo autor *Art.* 66

1.Nomeado e nomeados

2.Reconhecimento pelo nomeado

3.Comparência e não-comparência

4.Presunção de aceitação da nomeação *Art. 67*

1.Nomeado que fica fora do processo

2.Novo prazo para a contestação *Art. 68*

1.Presunção de aceitação pelo autor

2.Presunção legal de aceitação pelo nomeado *Art. 69*

1.Demandado e nomeação à autoria

2.Omissão de nomeação à autoria

3.Nomeação de pessoa inomeável

4.Responsabilidade perante o autor

Seção III

DA DENUNCIAÇÃO DA LIDE

*Art. 70*

1.Quem é o litisdenunciante

2.Demanda acerca de coisa ou de direito real

3.Litisdenunciado

4.Relação jurídica entre litisdenunci ante e litisdenunciado

5.Riscos da evicção

6.Litisdenunci ante réu

7.Litisdenunciante autor

8.Litisdenunciante e lide

9.Litisdenunciação pelo litisdenunciado

10.Litisconsórcio entre litisdenunciante e litisdenunciado

11.Assentimento supérfluo da parte contrária à denunciação da lide

12.Dever pessoal *Art. 71*

1.Litisdenunciação pelo autor

2.Requerimento e citação *Art. 72 1º e 2º*

1.Citação do li ti sdenunciado

2.Prazo para a citação do litisdenunciado

3.Acudimento à citação; citação intempestiva e falta de citação

4.Reconhecimento da procedência da litisdenunciação

*Art. 73*

1.Sucessividade de litisdenunciações

2.Comparência do litisdenunciado sucessor, se litisdenunciante o litisdenunciadopelo autor 3.Nova litisdenunciação ou novas litisdenunciações

*Art. 74*

1.Litisdenunciação pelo autor

2.Litisdenunciação e litisconsórcio

3.Aditamento à petição inicia

*Art. 75*

1.Denunciação feita pelo réu

2.Litisdenunciante, se o litisdenunciado comparece ou não comparece

3.Revelia do litisdenunciado

4.Confissão pelo litisdenunciado

*Art. 76*

1.Ação de evicção

2.Eficácia no tocante à evicção e às indenizações

Seção IV

DO CHAMAMENTO AO PROCESSO

*Art. 77*

1.Conceito de chamamento ao processo

2.Espécies

3.Fiador e fiadores

4.Devedores solidários

*Arts.78 e 79*

1.Citação e prazo para contestar

2.Suspensão do processo

*Art. 80*

1.Sentença favorável ao autor

2.Alcance do julgado

TITULO III

DO MINISTÉRIO PÚBLICO

1.Ministério Público

2.Ministério Público, federal e local

3.Procurador-Geral da República

4.Funções federais

*Art. 81*

1.Funções do Ministério Público

2.Entidade estatal, parte no processo

*Art. 82*

1.Causas em que há interesse de incapazes

2.Causas concernentes ao estado da pessoa e outras

3.Interesse público

*Art. 83*

*Art. 84*

1.Ministério Público, parte ou fiscal

2.Obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público

*Art. 85*

1.Responsabilidade do Ministério Público

2.Legitimação ativa na ação de responsabilidade

TITULO IV

DOS ÓRGÃOS JUDICIÁRIOS E DOS AUXILIARES DA JUSTIÇA

CAPITULO 1

DA COMPETÊNCIA

1.Juiz e tribunal

2.Justiça e função judicial

3.Poder Judiciário, funções e órgãos

4.Determinação da competência, no Direito Público interno

*5.* Fatos determinantes

6.Juízo comum e juízo excepcional

7.Prevenção

*Art. 86*

1.Causas civeis

2.Causas em geral

3.Juízo estatal e juízo arbitral

*Art.87*

1.Direito intertemporal sobre competência nas causas cíveis

2.Transformações após a propositura

3.Supressão de órgão judiciário e alteração em razão da matéria ou da hierarquia
4.Elementos para a determinação da competência

5.Dados que a lei reputa suficientes

6.Domicilio do réu

7.Foro geral

8.Situação da coisa

CAPITULO II

DA COMPETÊNCIA INTERNACIONAL

1.Competências supra-estatalmente distrituídas ou de Direito das Gentes
2.Jurisdição 3.Divisõesdajurisdição

4.Filial, sucursal ou agência

*Art. 88 e parágrafo único*

1.Competência e Direito Internacional Processual

2.Princípios do domicilio do réu

3.Princípio do lugar em que se há de cumprir a obrigação

4.Fato ocorrido no Brasil

5.Filial, sucursal ou agência de pessoa jurídica estrangeira

*Art. 89*

1.Competência excepcional para ações concernentes a bens situados no Brasil
2.Bens imóveis situados no Brasil

3.Inventário e partilha de bens situados no Brasil

*Art. 90*

1.Ineficácia da litispendência de ações propostas no estrangeiro

2.Homologação da sentença estrangeira

3.Causas conexas

4.Lei estrangeira mais favorável

CAPITULO III

DA COMPETENCIA INTERNA

1.Natureza das regras jurídicas do Capítulo III

2.Modificação

Seção 1

DA COMPETÊNCIA EM RAZÃO DO VALOR E DA MATÉRIA

*Arts .91 e 92*

1.Valor e matéria da causa

2.Determinação da competência pelo valor da causa

3.Estimabilidade de todas as causas

4.Ações relativas ao estado e à capacidade das pessoas

5.Competência das legislaturas locais

6.Discriminação, observados os arts. 91 e 92

7.Processo de insolvência

Seção II

DA COMPETENCIA FUNCIONAL

*Art. 93*

1.Assuntos principais

2.Causas e conflitos federais-estaduais e interestaduais

3.Causas e conflitos com o Poder Executivo do Distrito Federal ou de Territórios
4.Juizes do primeiro grau

Seção III

DA COMPETÊNCIA TERRITORIAL

*A~.94 e ~1º,2º3 e 4ºº*

1.Domicílio e residencia

2.Pluralidade de domicilios

3.Domicílio incerto ou desconhecido e encontro

4.Domicílio do autor como foro subsidiário

*5.* Falta de domicílio ou residência no Brasil

6.Pluralidade subjetiva e competencia

7.Direito pessoal e direito real sobre bens móveis

*Art. 95*

1.Ações relativas a direitos reais sobre imóveis

2.Derrogação ao principio do foro “rei sitae”

3.Competência perante o Direito das Gentes

4.Ações de perdas e danos, e outras sobre imóveis

5.Ações fundadas em direitos reais sobre imóveis e competencia

*Art. 96 e parágrafo único*

1.Inventário, partilha e ações relativas à herança

2.Ações relativas à herança

3.Foro da situação dos bens e do domicílio

4.Morte no Brasil ou no estrangeiro

5.Incerteza quanto ao domicílio

6.Lugar do falecimento

*Art. 97*

1.Bens de ausentes

2.Arrecadação, inventário, partilha e cláusulas testamentárias

3.Ações

*Art. 98*

1.Incapaz que é demandado

2.Incapacidade e função de representação ou de assistência

*Art. 99 e parágrafo único*

1.Regra jurídica constitucional

2.Autora, ré ou interveniente

3.União e pleitos em que é assistente ou opoente

4.Território

5.Superveniência de competência

*Art. 100 e parágrafo único*

1.Ações de separação judicial, ações de divórcio e ações de nulidade ou anulação de casamento 2.Ações de alimentos, foro do domicílio ou da residência

3.Momento da verificação do pressuposto

4.Mando domiciliado no estrangeiro ou de domicílio ignorado, ou residente no

estrangeiro 5.Títulos extraviados ou destruídos

6.Pessoa jurídica, ré

7.Sociedades sem personificação

8.Lugar para o adimplemento de obrigação

9.Lugar do ato ou fato

10.Administrador ou gestor de negócios alheios

11.Escolha do foro

*Art. 101*

2841.Critério para se apreciar a competência2852.Pluralidade de juizes competentes2853.Juízodesegundograu285

Seção IV

DAS MODIFICAÇÕES DA COMPETÊNCIA

1.Modificação da demanda

2.Conceitos

3.Prorrogação da competência

4.Competência por prevenção

5.Competência pela conexão

6.“Forum continentiae causarum”

7.Jurisdições competentes ejurisdições prorrogadas

8.Valor da causa e competência

9.Manifestação de vontade fora do processo e no processo

*Art. 102*

1.Valor e território

2.Conexão e continência

*Art. 103*

1.Conexão

*Art.* 104

1.Conceito de continência

2.Competência e continencialidade

*Art. 105*

1.Reunião de ações conexas e desmembramento de processo

2.Momento até o qual o juiz pode reunir

3.Dependência e apensação

4.Desmembramento e reunião

*Art. 106*

1.Conexão e prevenção

2.Competência territorial

*Art. 107*

1.Imóvel aquém-limites e além-limites

2.O que a regra jurídica não alcança

3.Prevenção

*Art. 108*

1.Ações acessórias

2.Acessoriedade e competência pelo valor

3.Ações oriundas de outras

*Art. 109*

1.Reconvenção e competência

2.Ação declarativa incidente

3.Ações de garantia

4.Terceiro que se liga à ação

*Art. 11O e parágrafo único*

1.Cognição dependente de verificação de delito penal

2.Necessariedade da declaração da existência do fato ilícito

*Art. 111e 1ºe2º*

1.Competência pela matéria e pela hierarquia

2.Foro do contrato

3.Facultatividade do foro e foro escolhido

4.Negócio jurídico escrito

5.Herdeiros e sucessores

6.Figurantes do negócio jurídico seletivo do foro

7.Juízo escolhido

Seção V

DA DECLARAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA

1.Questões sobre competência (exceção e conflito de competência)

2.Incompetência “ratione materiae”

*Art. 112*

1.Competência relativa

2.Prorrogação

3.Incompetência relativa, exceção e recurso

*Art. 113e~ 1º e20*

1.Incompetência absoluta e alegação

2.Alegação pela parte

3.Atos decisórios e competência

4.Conteúdo da regra jurídica

5.Atos processuais não-decisórios, ditos ordinatórios e incoativos

6.Direito reinicola e imperial

7.Nulidade dependente da jurisdição

8.Incompetência “ratione materiae” ou pela hierarquia

*Art. 114*

1.Prorrogação

2.Caso e prazos legais

3.Juízo comum e juízo especial

*Art. 115*

1.Conflito de competência

2.Juízos em conflito

3Espécies de conflito de competência

4.Ação de conflito de competência

5.Conflito de competência e avocatória

6.Conflito de competência e conflito de atribuição

7.Decisão sobre qual é o juiz competente

8.Conflito de atribuições

9.Momento de caracterização do conflito de competência

10Competência “in casu”

1.Conflito negativo de competência

2.Junção. e disjunção dos processos

3.Tempo para a suscitação do conflito

*Art. I16 parágrafo único*

1Angularidade da relação jurídica processual, no conflito de competência
2.Legitimação processual ativa

3.Ministério Público

4.Conflito de competência entre autoridades judiciárias e administrativas
5.Figura da relação jurídica processual

*Art. 117 e parágrafo único*

1.Coisa julgada formal das decisões sobre competência

2.Exceção de incompetência e conflito de competência

3.Relatividade da pré-exclusão

4.Oposição de exceção após haver conflito de competência

*Art. ll8 e parágrafo único*

*Art. 119*

1.Ofício, petição inicial e prova

2.Esclarecimentos exigidos pelo juiz relator

3.Se o suscitante foi o juiz

.Se o suscitante foi a parte ou o Ministério Público

*Art. 120*

1.Eficácia suspendente e propositura da ação

2.Procurador-Geral

3.Audiência da autoridade conflitada

4.Julgamento, competência

5.Preliminar de cabimento da ação de conflito de competência

6.Pluralidade de conflitos de competência

7.Decisão sobre incompetência geral

8.Invocabilidade da regra jurídica do art. 113, § 2

*Art. 121*

1.Prazo e apresentação do processo da ação de conflito

2.Ministério Público

3.Julgamento

*Art. 122 e parágrafo único*

1.Decisão do conflito de competencia

2.Validade dos atos

3.Autos do processo em que se suscitou o conflito

*Arts. 123 e 124*

1.Regimentos internos dos tribunais

CAPITULO IV

DO JUIZ

Seção 1

DOS PODERES, DOS DEVERES E DA RESPONSABILIDADE DO JUIZ

1.Função do juiz e dever do Estado

2.Justiça estatal

*Art. 125*

1.Direção formal do processo

2.Direção material do processo

3.Retardamento do processo pelas partes

4.Defesa dos interessados

5.Dignidade da Justiça

*Art. 126*

1.Dever de decisão

2.Lacunas e obscuridades

3.Decisão e resolução

4.Regras legais escritas e costumes

5.Analogia

6.Princípios gerais de direito

*Art. 127*

1.Decisão e equidade

2.Os conceitos de equidade e “como se” fosse legislador

*Art. 128*

1.Cognição e decisão

2.Direito anterior

3.“Petita”, “extra petita” e “ultra petita”

4.Questões, exceções e cognição

5.Defesa e cognição

6.Exceção de coisa julgada

*Ar:. 129*

1.Ato simulado e ato “in fraudem legis”

2.Pressupostos do poder do juiz, em caso de simulação e fraude à lei 3.Fraude à lei

4.Circunstâncias da causa

*Art. 130*

1.Diligências necessárias e diligências inúteis

2.Diligências necessárias

3.Provas inúteis ou meramente protelatórias

4.Devolução do processo à cognição da instância superior

*Art. 131*

1.Convencimento do juiz

2.Limites ao princípio do livre convencimento do juiz

3.Princípio dispositivo

4.Meios de prova de direito material

5.Motivação da decisão judicial

6.Apreciação da prova e livre convencimento

*Art. 132*

1.Permanência subjetiva e objetiva do juiz

2.Substituição

3.Mortedojuiz

4.Moléstia e impossibilitação de julgar; férias e licenças

5.Interpretação do art. 132

*Art l33 e parágrafo único*

1.Responsabilidade civil do juiz

2.Dolo ou fraude do juiz nas funções

3.Recusa, omissão e retardamento de diligência

4.Notificação ao juiz

5.Responsabilidade do Estado e responsabilidade do juiz

Seção II

DOS IMPEDIMENTOS E DA SUSPEIÇÃO

1.Impedimento e suspeição

*Art. I34 e parágrafo único*

1.Juizo parte na ação

2.Funções anteriores no processo

3.Função judicial anterior no processo

4.Cônjuge ou parente advogado

5.Parentesco com alguma das partes

6.Juiz órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica parte na causa
7.Entrada do advogado no processo

*Art. l35 e parágrafo único*

1.Amizade íntima e inimizade capital

2.Créditos e dividas, causas de suspeição

3.Herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes

4.Dádivas, conselhos e contribuições

5.Interesse no julgamento

6.Suspeição por motivo intimo

*Art:. 136*

1.Dois ou mais juizes parentes

2.Remessa do processo ao substituto legal

*Art 137*

1.Juizes dos tribunais

2.Juiz que infringe a lei

*Art. 138 e~10e20*

1.Órgãos do Ministério Público

2.Serventuário e auxiliares da justiça

3.Perito e assistente técnico

4.Intérprete

5.Procedimento nas exceções

6.Exceções opostas perante tribunal

*Art. 139*

1.Menções na lei processual e na lei de organização judiciária

2.Pluralidade de auxiliares

Seção 1

*Art. 140*

1.Pluralidade de cartórios

2.Pluralidade de juizes sem pluralidade de ofícios

3.Normas de organização judiciária

*Ar:. 141*

1.Redação pelo escrivão

2.Ordens e despachos do juiz

3.Citação e outros atos

4.Audiências e serventuários

5.Escrevente juramentado

6.Autos e responsabilidade do escrivão

7.Certidão

8.Certidões e pedido de certidão

9.Recusa de certidões pedidas

10.Segredo de justiça e certidões

11.Eficácia da certidão

*Art. 142*

1.Substituto do escrivão

*Art. 143*

1.Oficiais de justiça

2.Diligências e testemunho

3.Ordens do juiz

4.Certidão do recebimento do mandado, execução e certidão do mandado
5.Presença do oficial de justiça

6.Certidão das citações

*Art. 144*

1.Escrivão e oficial de justiça

2.Justo motivo

3.Nulidade

4.Indenização

Seção II

DO PERITO CAPITULO V

DOS AUXILIARES DA JUSTIÇA

1.Auxiliares da Justiça

DOS SERVENTUÁRIOS E DO OFICIAL DE JUSTIÇA

1.Perito

*Art. 145*

1.Assistência técnica e perícia

2.Pressuposto para a perícia

*Art. 146 e parágrafo único*

1.Dever do perito

2.Escusa própria do perito

*Art. 147*

1.Dolo ou culpa do perito

2.Informações inverídicas

1.Conceito de serventuário

Seção III

DO DEPOSITÁRIO E DO ADMINISTRADOR

*Ar:. 148*

1.Guarda e conservação de bens

2.Posição do titular dos direitos sobre os bens

*Art 149 e parágrafo único e art. 150*

1.Depositário ou administrador dos bens

2.Prepostos

3.Responsabilidade do depositário ou do administrador

Seção IV

DO INTÉRPRETE

1.Intérprete

2.Nomeação do intérprete

*Art:. 152*

*Art. 153*

1.Pressupostos para a nomeação de intérprete

2.Inabilitação ao exercício da profissão

3.Intérprete e dever de prestar o serviço

4.Escusa do intérprete

1 *Índice Alfabético dos Autores*

II *Índice Cronológico da Legislação*

III *Índice Cronológico da Jurisprudência*

IV *Índice Alfabético das Matérias*

# LIVRO 1

# DO PROCESSO DE CONHECIMENTO

## TÍTULO II

# DAS PARTES E DOS PROCURADORES

## DO LITISCONSÓRCIO E DA ASSISTÊNCIA

Seção 1

Do Litisconsórcio 1)2)3)4)

1. Pluralidade subjetiva -~Se partimos de que cada processo é uma unidade, que se caracteriza por sua forma física, pela direção a um fim, que é a prestação jurisdicional a ser entregue pelo juiz, e pela unidade mesmo do juízo, observamos, aqui e ali, que alguns processos apresentam no seu bojo cumulação de pedidos, ou cumulação inicial de

"ações", o que implica pluralidade objetiva, e outros ou esses mesmos pluralidade de autores, ou pluralidade de réus, ou pluralidade de autores e de réus (pluralidade ou cumulação subjetiva), O caso mais simples é o do processo em que só existe um autor e um réu, tendo começado por petição inicial de um só pedido, correspondente a um só direito subjetivo, a uma pretensão só, provida de ação, e uma só essa ação.

Mas, ainda a respeito da petição inicial, que é feita por um só figurante, que é o autor, às vezes dela constam dois ou mais pedidos. Na própria contestação, pode só haver a repulsa a um pedido, ou a alguns, ou a todos.

Nem todas as pessoas que estão de um lado da relação jurídica processual são autores ou réus. Se há dois testamenteiros que têm de figurar conjuntamente, só há uma parte, autor ou réu. Se, em vez de pessoas que têm de figurar como uma só parte, há pluralidade que implica pluralidade de partes, então há litisconsórcio (ativo ou passivo). Mediante a estruturação litisconsorcial da relação jurídica processual, economiza-se procedimento: em vez de se proporem tantas "ações" quantos são os litisconsortes, há uma só "ação para todos eles".

Se há duas ou mais pessoas que têm a função de parte, com a mesma sorte, no todo ou em parte, há litisconsórcio.

Litisconsórcio ocorre ainda entre entidades que figurem provisoriamente, até que

se estabeleça a personalidade, ou naqueles casos em que se admite como parte a entidade não-personificada. Ou há *demanda comum* (art. 46, 1), ou *direito e obrigações* com o *mesmo fundamento* (art. 46, II) ou há *conexão* (art. 46, III), ou há apenas *ponto comum de fato* ou *de direito* (art. 46, IV).

A *demanda comum* pode ser *originária*, se desde o início dela se nomearam os demandantes ou os demandados, ou alguns daqueles, ou desses, ou ser *posterior,* se algum ou alguns demandantes, ou algum ou alguns demandados se apresentam, ou são trazidos ao processo já começado. Não há, a despeito de pluralização posterior de autores, ou de réus, ou de aumento do número daqueles, ou desses, modificação da demanda, ou, sequer, alteração do pedido (art.

264).

A *ação de nulidade* ou de *anulação de casamento dá* ensejo a litisconsorcio passivo, porque se dirige contra ambos os cônjuges, bem assim a *oposição* (arts. 56-61) e os *embargos de terceiro* (arts. 1.046-1.054 e 622), a demanda do devedor e do dono da coisa gravada com direito real de garantia.

O litisconsórcio supõe a mesma sorte, até determinado ponto, e não necessariamente no todo. Não se pode reduzir à sorte processual, nem se fazer essencial a sorte de direito material. Pode alguém consorciar-se a quem apenas tem em comum algo que se refere a pressuposto pre-processual, ou processual, ou de direito material. Não só se há de pensar nesse *(e.g.*, Friedrich Hellmann, Zur Lebre von der sogenannten notwendigen Streitgenossenschaft, *Zeitschr:ftfúr deutschen Zivilprozess,* 17, 2; Freymuth, Zuruckname eines Rechtsmittels seitens des einen von mehreren notwendigen Streitgenossen, *Zeitschrift flir deutschen Zivilprozess,* 28, 44). Se a ação rescisória de sentença se funda em colusão das partes, a fim de fraudar a lei, o interesse e a legitimação podem ser, por exemplo, do credor de uma delas, ou do sucessor de uma delas.

Há tantas relações jurídicas processuais quantos os litisconsortes de cada lado; mas há relação jurídica envolvente, que estabelece a categoria do litisconsórcio (procedimento comum, debate oral e provas em comum, resolução comum; resolução unitária, se é o caso; representação dos litisconsortes necessários contumazes pelos comparecentes). As relações jurídicas processuais, se o Estado promete sentença uniforme, necessariamente se engatam em relação jurídica

processual envolvente.

O litisconsórcio supõe a *comunidade de direito* ou *de obrigações*, como acontece em caso de condomínio, comunhão de direito, créditos solidários, dividas solidárias, ou com o devedor principal e o garante, ou *conexão de causas*, como a demanda de locatários contra o locador que os notificou do aumento de aluguel, ou a de credores que propõem a ação anulatória por fraude ou a ação revocatória falencial, ou a ação declaratória falencial, ou a *afinidade de questões* por ponto comum de fato ou de direito (= igualdade de pretensões, ou de ações, ou igualdade de fatos jurídicos ou de fundamento de direito). Afinidade de questões há quando existe igualdade, por ser comum ponto de fato ou de direito, sem existir mesmidade, que implique comunhão, ou conexão .

A cumulação subjetiva não pode ser eventual, isto é, para o caso de, não se indo contra um dos demandados, ir-se contra outro, ou contra outros.

A reconvenção pode suscitar litisconsórcio, a favor ou contra todos, ou a favor ou contra alguns ou algum dos litisconsortes.

Também, se ocorre oposição (arts. 56-61), nada obsta a que se litisconsorcie alguém ou se litisconsorciem algumas pessoas, ativa ou passivamente (arts. 46-48), e pode acontecer que tal litisconsórcio ou tais litisconsórcios sejam necessários.

Mediante litisconsórcio, toma-se comum o procedimento e comum a produção de provas. Há tantas relações jurídicas processuais quantos são os litisconsortes: os processos constituem pluralidade, com atos processuais comuns, assunção comum de prova e sentença comum, pelo menos formal-mente. (Evite-se discussão em tomo da questão i,há pluralidade de processos ou há nulidade de processos, se há litisconsórcio? Porque um só processo é, na espécie, processo material, autos, e não processo no sentido de seguimento de atos processuais correspondentes a relação jurídica processual: há tantas relações jurídicas processuais quanto os litisconsortes.) A relação jurídica processual está para as eleições jurídicas processuais como o ser pluricelular para as células, que o compõem: células perdem-se, o resto pode viver.

Os pressupostos processuais têm de ser examinados a respeito de cada litisconsorte. Qualquer deles tem legitimação própria à postulação, à defesa e à

oposição de exceções. No que não é interesse comum, pode ser testemunha contra o outro, os outros, ou outros. Qualquer deles pode dispor do objeto do litígio ou renunciar.

A permissão da cumulação de pedidos (art. 292 e *~ l~’ e 20) de si só autoriza a cumulação de ações. São apenas dois aspectos pelos quais se encara a pluralidade objetiva. Quando ocorre pluralidade de autores contra o mesmo réu, ou de vários réus contra o mesmo autor, ou de vários autores contra vários réus, com o sem cumulação objetiva, dá-se o *litisconsórcio.*

Às partes que se acham entre si em relação de pluralidade dá-se o nome de *litisconsortes.*

Preliminarmente, afastemos certas proposições, erradas, que permanecem no consciente ou no subconsciente de algumas pessoas, inclusive juristas, e os melhores autores recomendam que se avive, a cada momento, a necessidade de repeli-las. Essas proposições são as seguintes: *(a)* existe correlação necessária entre ser parte e ser sujeito da relação de direito material, ou mesmo portador de pretensão de direito material (tal correlação *pode existir,* não existe sempre, nem implica, quando existe, nexo ativo, (D. Ullmann, *Das õsterreichische Zivilprozessrecht, 9); (b)* quem quer que litigue, quem quer que seja parte, luta por direito seu, ou em consequência de direito ou pretensão sua.

Contra a primeira proposição, basta o exemplo da ação declaratória negativa; contra a segunda, o síndico da falência, possivelmente, e o Procurador da Fazenda Pública não são titulares do direito objeto do litígio.

*(a)* Na posição jurídica processual de *partes* pode haver pluralidade de pessoas, de modo que à cumulação subjetiva corresponde litisconsórcio.

Para que o litisconsórcio possa ocorrer, é preciso: ou *a)* que haja *comunhão de interesse* (compropriedade, composse, créditos *pro indiviso,* massa de credores ou de devedores); ou *b)* que os direitos e obrigações tenham o mesmo fundamento; ou *c)* que haja *conexão de causa;* ou *d)* que haja afinidade de questões por algum ponto *de fato* ou *de direito.*

Quando se trata de saber se cabe, ou não, litisconsórcio, não mais se discute se há a legitimidade de parte, porque, sem essa, não pode haver litisconsórcio: a

pessoa não poderia ser legitimada como parte, *mesmo* para a propositura isolada de ação. Quem não pode entrar na porta, por faltar-lhe ingresso, não pode entrar indo com outrem.

Assim, antes de se responder a questões como if'Podem A e B ser litisconsortes"? j,"Podem B e C ser citados, como litisconsortes, na ação é parte A?", é preciso que se responda a outras questões, que são anteriores. "Pode A ser parte?" "Pode B ser parte?" "Pode C ser parte?"

Se B não poderia, sozinho, propor a ação, ou ser citado para ação, também não pode ingressar em juízo como litisconsorte, nem ser puxado àlide.

Na ação em que se vai passar o litisconsórcio pode acontecer que haja dois ou mais pedidos e o litisconsórcio só se refira a um ou a alguns. Uma vez que são distintos, não é de afastar-se a possibilidade de alguém ser litisconsorte ativo quanto a um pedido, ou alguns, e litisconsorte passivo de outro ou de outros. Não há aí óbice a serem julgados todos os pedidos.

Se a ação é proposta por algum aceitante de título cambiário ou cambiariforme, os endossatários podem ser litisconsortes.

*(b)* O *representante* não é *parte.* Nem é *parte* quem é titular de direito e não ingressou em juízo. Primeiro se apura se a pessoa pode ser parte; depois, se pode ser litisconsorte; finalmente, se é legitimada *ad causam.*

Porque pode ser parte e ser evidentemente interessado em agir, e não ser titular de direito. O representante não se pode litisconsorciar; não é exposto à sorte da lide, nem é parte.

Também o *presentante*, o órgão da pessoa jurídica, não é parte. Não fica exposto à sorte da lide, a despeito de sua função ser mais ligada ao presentado do que o é ao representado a do representante.

*(c)* Se algum pessoa jurídica entende que pode ser parte, sem ser titular de direito, pretensão, ou ação, ou exceção, necessariamente tem de mostrar a *lex specialis* que tal atribuição lhe deu. Porém, mesmo que o mostre, não se faz litisconsorte do titular de direito, da pretensão, da ação, ou da exceção: age *em nome próprio*, mas para defesa ou atendimento de *direito de outrem.*

Se os produtores de alguma mercadoria se associaram e confiaram à pessoa jurídica defender os seus direitos, ou há *representação,* e então o representante não pode funcionar simultaneamente com o representado (= ou um funciona ou funciona o outro), ou há *legitimação da parte* por cessão, ou por ofício, ou por outorga de poder de mover ação *em nome próprio.* Ali, há a *procura;* aqui, no campo processualístico, algo que lembra, no campo materialistico, a *comissão.*

A lei pode outorgar, em vez do titular ou dos titulares de direito, a legitimação processual. Mas é preciso que haja lei.

*(d)* Há pessoas jurídicas que se destinam à proteção ou à promoção de alguma indústria, ou de ramo de .atividade, ou profissão, ou obras de beneficiência ou de caridade. O objeto da obra, que plasma o conteúdo do fim social, não se confunde, de modo nenhum, com o *interesse moral ou econômico,* que dá ensejo *à pretensão à tutela jurídica* (pretensão pré-processual).

Não se aprecia só o interesse pré-processual, a pretensão à tutela jurídica, a legitimação pré-processual; tem-se de examinar a legitimação já *dentro da lide,* porque ai é que se pode ter a consorte da lide: aí é que as duas ou mais pessoas podem ser postas na mesma linha *(sero, serere,* alinhar, de onde *sors,* sorte, destino).

Só a lei ou a outorga de poder pelo titular do negócio jurídico pode fazer legitimado processual quem não seja titular de direito, de pretensão,ou de ação, ou de exceção, ou quem não tenha dever, obrigação, ação ou exceção (sujeito passivo).

Quando a lei atribui a alguma sociedade, ou fundação, a defesa de titulares de direito, conforme a classe desse direito *(e.g.,* donos de terras nas regiões de minas, navegadores, funcionários públicos de determinado território ou de determinada função), dá-lhe legitimação processual, porém só a lei o pode fazer, ou, mediante figura jurídica especial, o titular ou o grupo de titulares de direito *(e.g.,* contrato de comissão).

Se A, B e C fundam sociedade, em São Paulo, ou alhures, para a defesa do café brasileiro, não adquirem com isso legitimação *ad causam,* nem processual. Pode ser que algum juízo lhe atribua a pretensão à tutelajurídica, porem isso de modo nenhum basta a que se lhe reconheça litisconsorciabilidade com os produtores ou

com os vendedores de café.

*(e)* Também funcionam em processo as *partes de ofício.* Parte de ofício *(Partei kraft Amte)* é, por exemplo, o membro do Ministério Público, que tal competência recebeu da lei. A lei pode fazer parte de oficio de algum

•instituto paraestatal, ou de direito público ou privado, mas isso é excepcional, e so se entende para o território em que se exerce a competência legislativa. Lei do Estado do Paraná não pode criar parte de oficio para o Estado de São Paulo, ou vice-versa. *A fortiori,* não pode o Brasil pretender que algum membro do Ministério Público Federal, estadual ou municipal' funcione, na França ou na Inglaterra, ou noutro Estado, nos processos em que sejam interessados menores de nacionalidade brasileira, ou em que estejam em causa exame de procedência de cacau produzido no Brasil. A competência, ai, é para *legislação admninistrativa,* em senso lato.

2. Eficácia fáctica e eficácia jurídica Nem as ações declarativas, nem as de condenação, nem as mandamentais, nem as de cognição não-completa, nem as de ataque à coisa julgada, nem as constitutivas, nem as executivas, nem as de cognição completa, nem as de asseguração, têm, facticamente, a sua eficácia limitada às partes. Tal eficácia pode atuar ou refletir-se imediata ou mediatamente na esfera jurídica ou econômica de outrem, dito terceiro, por necessidade de expansão e por se considerar o problema do ponto de vista do início do processo. Esse terceiro: ou *(a)*

"pede" escapar, ou "espera" escapar à eficácia de algum título executivo, Conforme o art. 128 da Const. 88, "o Ministério Público abrange: 1 o Ministério Público da União, que compreende: *a)* o Ministério Público Federal; *b)* o Ministério Público do Trabalho; *c)* o Ministério Público Militar; *d)* o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; II os Ministérios Públicos dos Estados". Não existe Ministério Público Municipal.

ou *(b)* apenas é interessado na "vistoria" de uma das partes, sem o ser na execução imediata ou mediata. Ali, ele colitiga na execução ou colitiga no processo executivo; aqui, na cognição. Mas o Código, nos arts. *46-55,* somente cogitou dos casos *(b).*

Às ações acima referidas juntem-se as constitutivas, cuja força ou cujos efeitos

podem ser até *erga omnes.*

Olitisconsórcio, se bem que se pareça com a relação plurissubjetiva ativa ou passiva, ou ativa e passiva, que, no direito material, se observa, por exemplo, nas obrigações solidárias, não se confunde com ela; é noção de direito processual, por princípios de economia e, com exceção dos casos de afinidade de questões (art. 46, IV), de *Ne varie iudicetur.*

Cumpre que se não confunda o litisconsórcio com a intervenção adesiva. O litisconsórcio supõe pluralidade "de partes", o que não decorre do conceito de intervenção adesiva nem está à base dele.

O litisconsórcio pode coincidir com a petição inicial, ou com a citação, ou com a vinda de um dos sujeitos passivos da ação, ao ingressar na relação jurídica processual. Ai, há a *originariedade,* razão para que se chame *litisconsórcio ordinário.2* A superveniência do ingresso faz a figura do *litisconsórcio superveniente,* como ocorre com a entrada do assistente que se tem de considerar litisconsorte *(assistente litisconsorcial,* art. 54 e parágrafo único). No caso de denunciação da lide (art. 75, 1), uma vez que o denunciado pelo réu aceitou a denúncia e contesta, denunciante e denunciação são litisconsortes. Feita a denúncia pelo autor, o denunciado, comparecendo, assume a posição de litisconsorte (art. 74) e pode fazer aditamento à petição inicial.

Olitisconsórcio pode produzir-se no curso do processo, a qualquer momento,3 ou na execução da sentença, seja pelo ingresso de sucessores em lugar da parte primitiva, ou pela intervenção de credores penhorantes, ou do órgão do Ministério Público, como, por exemplo, nas ações de invalidade de matrimônio.

Conforme adiante veremos, rompeu o Código com o princípio de que são demandante pode estabelecer a pluralidade de réus, e com o outro, ainda mais arraigado, de não poder o juiz provocá-la de oficio.

2Estas notas se manterão fiéis ao propósito, anunciado na *nota sobre a atualização legislativa* (p.íx da 3~ ed. do tomo 1) de não alterar, sequer numa vírgula, o texto de Pontes de Miranda. Parece evidente, entretanto, que ele quis escrever litisconsórcio *originário* e não ordinário.3O art. 264 proibe a formação do litisconsórcio facultativo depois da citação. Se, contudo, o litisconsórcio é necessário, deve-se constituir em qualquer tempo porque dele depende a eficácia

do processo (vd. o parágrafo único do art. 47).

3. Até quando é suscitável o litisconsórcio O litisconsórcio pode ser suscitado em qualquer tempo. Tratando-se de litisconsórcio necessário, ao juiz cabe ordenar ao autor que promova a citação de todos os que tenham de ser litigantes necessários, sob pena de ser declarado extinto o processo (art. 47, parágrafo único).

O Parecer do Subprocurador Geral da República, datado de 30 de agosto de 1948 *(D. da J.*, de 29 de setembro de 1948, *7453),* que somente admitia suscitação de litisconsórcio até apresentar-se contestação, foi sem fundamento.

Ainda em se tratando de litisconsórcio necessário, ativo, ou passivo, não há extinção do processo se o autor não deixa de promover a citação ordenada pelo juiz.

Se o terceiro, no litisconsórcio necessário, não foi citado, não entrou no processo, de modo que nenhuma decisão o pode atingir. A sentença, por exemplo, que o julgue revel, é *ineficaz,* cai no vácuo, não chega a alcançar a pessoa a que se refere, pois essa não está na relação jurídica processual (cp. Tribunal Regional do Trabalho da ía Região, 24 de janeiro de 1949, *D. da J.* de 3 de março de 1949, 868).

Se o processo já se acha em pauta para julgamento, não se conhece do pedido de litisconsorciação (2~ Turma do Tribunal Federal de Recursos, 2 de dezembro de 1947, *D. da J.* de 2 de maio de 1949, 21); todavia, dele se há de conhecer se ainda há recurso, ou na execução, quer se repita o pedido, quer se haja de entender que perdurou o que fora feito, o que, *na dúvida,* é a solução acertada.

Na Ordenação Processual Civil alemã, disse o § *59:* "Várias pessoas podem acionar ou ser acionadas em comum como litisconsortes quando estão entre si em comunhão a respeito do objeto da lide ou quando são legitimadas ou obrigadas pelo mesmo fundamento fáctico e jurídico". O §69 acrescentou: "Várias pessoas também podem acionar ou ser acionadas em comum como litisconsortes quando pretensões ou deveres idênticos e apoiados em fundamento fáctico e jurídico essencialmente idênticos formam o objeto do litígio". O litisconsórcio, que reconhecíamos, era esse, embora sem texto. Aos poucos, as legislações estaduais, ao tempo da plural idade legislativa processual, foram

redigindo regras jurídicas, mais ou menos bebidas na velha Ordenação Processual Civil alemã. O Código de Processo Civil do Rio de Grande do Sul, art. *51, a)* e *b),* aludiu a "comunhão de direitos e obrigações", a "litígio que tem por objeto direitos e obrigações da mesma natureza" e a "igual fundamento de fato ou de direito". O Código de Processo Civil da Bahia, a "direito ou obrigação comum" (art. 60), "e pretensões ou obrigações da mesma natureza e com fundamento análogo de fato e de direito" (art. 70)

4. Cumulação subjetiva A cumulação subjetiva na relação jurídica processual (ou litisconsórcio) ou é ativa, ou é passiva, conforme a pluralidade de pessoas, partes no processo, e se verifica entre autores, ou entre réus. O mesmo processo pode apresentar as duas cumulações, sem que qualquer possibilidade se abra ao litisconsórcio entre autores e réus. Isso não quer dizer que, no caso de pluralidade objetiva, se exclua a hipótese de algum litisconsorte ativo de um pedido ser litisconsorte passivo de outro pedido. O litisconsórcio às vezes se estabelece no inicio da demanda; desde, pois, que se despacha a petição inicial, ou que são citados os sujeitos de direito, ativos ou passivos, como réus de alguma ação, ou como partes em relação jurídica processual a partes convergentes. Outras vezes, o litisconsórcio somente ocorre no curso do processo, ou por então ter nascido no sujeito que ingressa na demanda a pretensão ou a obrigação que o consorcia com outros, ou porque algum obstáculo o tenha privado de vir à lide antes, ou porque de modo próprio entendeu entrar no processo quando bem lhe parecesse. O primeiro é o *litisconsórcio inicial;* o segundo, o *litisconsórcio ulterior.* Pode dar-se que o último só ocorra na fase de algum recurso, inclusive o recurso extraordinário, ou só na segunda instância, ou na propositura da ação rescisória, ou na fase de execução.

O intérprete do Código de Processo Civil há de ter muito cuidado no explicitar o conteúdo dos arts. 46-49. Na técnica legislativa, que seguiu as pegadas de leis estrangeiras adiantadas, usou o legislador de categorias lógicas, pelas quais pudesse *captar* a variedade difícil, senão impossível de captar-se da pluralidade subjetiva dosada da mesma *sorte* ou de *sorte* semelhante. Para quem aplique as regras dos arts. 46-49, sem lhes conhecer as fontes, e, depois, a significação, o Código vigente, como o anterior, parece abstruso e incoerente. Na verdade não no é.

*a)* No art. 46, relativo às causas da consorte processual comunhão de direitos ou

de obrigações, ou de derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito, conexão de causas, afinidade de questões ‘ aludiu-se às duas espécies de litisconsórcio conforme a situação do litisconsorte na relação jurídica processual (ativo, passivo). Tal distinção deriva da natureza das coisas e se impunha ao legislador (noutros termos: é dado jurídico, coessencial às noções de processo e relação jurídica processual).

*b)* O conceito de necessariedade dá ao legislador ensejo de isolar a primeira categoria de litisconsórcio: a do *litisconsórcio necessário,* litisconsórcio especial ou qualificado. O litisconsorte tem de ser chamado, ou como autor ou como réu. A sorte processual é a mesma, se bem que nem sempre tenha de ser a mesma a sorte material. A resolução final, a sentença, apanha a todos os litisconsortes, é *comum* a todos, porém casos há em que a sorte material não é a mesma. Dai a importância da diferença entre mesmidade da sorte processual e mesmidade da sorte material.

*c)* O terceiro conceito, de que se serve o Código, é o da *irrecusabilidade:* o litisconsórcio não é indispensável, mas é irrecusável. Note-se que a voluntariedade, por parte dele, passa a ser o elemento diferenciador da categoria. O

litisconsórcio, que é irrecusável,4 sem ser indispensável, diz-se *facultativo,* opondo-se ao litisconsórcio necessário. Os litisconsórcios são, pois, necessários ou facultativos.

*d)* O quarto elemento é o de mesmidade da sentença (mesma sorte material) ou de *unitariedade* da prestação jurisdicional. A sentença tem de ser *uniforme;* o juiz não pode dar sorte diferente, no plano do direito material, às partes litisconsorciadas; o litisconsórcio chama-se, então, *unitário.*

*e)* O quinto conceito, de que lançou mão o legislador, foi o litisconsórcio de oficio, ou conceito da *inquisitividade* do litisconsórcio, que, na sistemática do Código, coincide com o de unitariedade do litisconsórcio. Todo litisconsórcio unitário é, no Código, de ofício, em virtude do art. 47, parágrafo único: “o juiz ordenará”.

*J)* O sexto conceito é o de *efeito* da sentença fora da relação de direito material que se julgou. O Código alude a qualquer eficácia da sentença, fora da sua

eficácia (força e efeitos) adequada, peculiar: de coisa julgada, de constituição, de condenação, de mandamento, ou de execução. O terceiro é então assistente interveniente, sem ser *parte.* Cabem aí todos os casos que a ciência aponta de eficácia da sentença, além das partes. O Código não pretendeu determinar os casos: deixou à investigação científica *apontá-la.* Nenhuma atitude poderia ser mais prudente. E a esse terceiro que se equipara ao litisconsorte, porém não em tudo, devido à especialidade de algumas regras jurídicas que se refere o art. 54 e parágrafo único (assistência equiparada ao litisconsórcio).

*g)* O sétimo conceito é implícito; não se encontra nas regras dos arts.46-49. A ciência tem de explicá-lo para apontar os limites mesmos da assistência equiparada ao litisconsórcio. E o de *assistência simples,* a que se superpõe a assistência litisconsorcial.

O interveniente adesivo litiga com a sua pretensão à tutela jurídica própria (Rudolf Pollak, *System,* 123); mais precisamente, com a sua pretensão de tomar parte na demanda ( *Teilnahmeanspruch)* . Tem direito a sentença própria e a execução própria. Se não há litisconsórcio, que é conceito de direito estrito, não é parte. O fim da intervenção adesiva é ligado à força material da coisa julgada, para exclui-la ou não. Daí ter como os seus meios: ajudar, excepcionalmente controlar, ou ambos. Sem razão, os que só lhe vêem ajuda (Schrutka von Rechtenstamm, *Grundriss,* 2a ed., 98; Hans Sperl, *Lehrbuch,* 1, 173). Tampouco, o interveniente representa a parte (cinca de Wilhelm Kisch, no artigo intitulado Begriff des Nebenintervenienten, *GrhnhutsZeitschrift,* 26, 315).

O direito anterior a 1939 não entrara na análise da consorte processual. Apenas apontava o litisconsórcio e a assistência. A doutrina deveria ter caracterizado as espécies, o que não o fez. O Código de 1939 veio indicar *conceitos* (indispensabilidade, irrecusabilidade, unitariedade, terceiro interveniente equiparado ao litisconsorte), deixando aos intérpretes (juristas, juizes, advogados) proceder à discriminação *in concreto.* Aos juizes éaconselhável que, examinado o feito, em que haja pluralidade subjetiva, digam, com toda clareza, qual a classe a que pertence. Com isso, hão de concorrer para a discussão e a autoridade dos seus julgados.

(1) O litisconsórcio *necessário* ocorre quando: *a)* a demanda somente possa ser proposta pró ou contra duas ou mais pessoas; ou *b)* a decisão tenha de ser unitária (= uniforme) para todos os litigantes (litisconsórcio *necessário unitário).*

Ao litisconsórcio necessário e aos outros litisconsórcios, em geral, referiu-se o art. 47. A espécie mais larga, *a),* é a do litisconsórcio necessário simples.

Constando dos autos existir arrematação judicial, o arrematante é litisconsorte necessário na ação de renovação do contrato de locação (4~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 25 de janeiro de 1946, *A. J.*, 78, 404; *R. F.*, 107, 488).

O promitente comprador que se acha na posse do prédio locado (ou que tem no registro de imóveis o seu pré-

contrato), é litisconsorte na ação de renovação de contrato (j~ Turma do Supremo Tribunal Federal, 12 de agosto de 1946, *O D.*, 44, 250). Fora daí é assistente equiparado a litisconsorte (4~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 4 de setembro de 1945, *R. F.*, 107, 486).

(2) Dá-se litisconsórcio necessário simples (= não-unitário) se a demanda somente pode ser apresentada pró ou contra duas ou mais pessoas; portanto: *a)* se se trata de mancomunhão, tal como acontece nas demandas em que são autores os sócios de sociedade não-personificada, ou em que são autores os co-herdeiros de herança indivisa; *b)* se conforme o direito material *(e.g.*, divisão, havendo condomínio e hipoteca do todo, pedido de dois ou mais testamenteiros).

(3)É preciso observar-se que o Código não seguiu, nas proposições do art. 54, a técnica de aludir à coisa julgada material (força ou eficácia 3 de declaratividade), nem a ser absoluta a identidade do objeto. Isso deixa livre à investigação científica dizer quando a decisão há de ser uniforme, sem ter de tratar à parte as ações constitutivas, condenatórias, mandamentais e executivas. A unitariedade é apenas espécie; a necessariedade é que é o conceito geral. Discute-se se a carga de eficácia da questão prejudicial pode determinar a unitariedade (negativamente, Leo Rosenberg, *Lehrbuch,* 5a ed., 433 s.), porém a questão prejudicial, unitária, pode ser tal que imponha a unitariedade da sentença: não há solução *a priori.*

A unitariedade pode resultar de ter de ser para todos a força, ou a eficácia imediata ou mediata da sentença, quer seja declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental, ou executiva.

O litisconsórcio unitário, isto é, aquele em que o julgamento há de ser igual para todos (portanto, um só), quase sempre é necessário (art. 47), mas pode ocorrer que haja unitariedade sem haver necessariedade. Pense-se na hipótese de uma lei ter violado a Constituição e ofender duas ou mais pessoas, que queiram propor a ação de nulidade da lei. O

litisconsorte, aí, pode ser facultativo e acontecer que um dos autores se litisconsorciem e algumas pessoas prefiram não se litisconsorciarem.

Cabe litisconsórcio em quaisquer ações, ou processos em que possam ocorrer os pressupostos para a litisconsorciação.

Inclusive nas ações possessórias, nas ações de execução de sentença ou de titulo extrajudicial, e nas ações rescisórias (Câmaras Reunidas do Tribunal de Justiça do Paraná, 24 de outubro de 1947, *Paraná J.*, 46, 400).

Nada mais perigoso do que o uso desatento da expressão “litisconsórcio necessário”. Vejamos o conceito de litisconsórcio *sensu lato*, o de litisconsórcio impróprio, o de litisconsórcio próprio e do litisconsórcio *segundo o Código.*

*a)* No litisconsórcio necessário, *sensu lato*, os litisconsortes vão ter a mesma sentença e, durante a lide, as situações processuais são iguais. Se uma parte é demandada na ação declaratória e a outra na constitutiva, ou uma na condenatória e a outra na execução da sentença, não há litisconsórcio necessário. Nem se uma é devedor principal e outra fiador; ou uma, locatário, e outra, sublocatário; ou se são dois ou mais obrigados de um contrato. Não basta que os efeitos da sentença alcancem a outrem *(e.g.*, entre os credores em concurso quando colitigam). *b)* Se há responsabilidade dos cônjuges por bens comuns, há litisconsórcio necessário impróprio. A necessidade, em todos esses casos, é nenhuma, a despeito de os abranger o conceito de litisconsórcio necessário. *c)* Em sentido próprio, litisconsórcio necessário somente existe quando, no plano do direito material, caiba a *exceptio plurium litisconsortium (e.g.*, nas ações constitutivas, como as ações de nulidade de casamento, propostas pelo órgão do Ministério Público, por estarem em comunidade as pessoas rés, e as ações contra coproprietários ou entre coproprietários, se há confusão de limites e não está provada a posse de cada um).

As ações oriundas do co-herdeiro contra terceiro que se apossou de bem da

herança não produzem litisconsórcio necessário, no sentido próprio ou restrito, porque cada um pode reclamar a prestação para todos os demais.

Tampouco, as ações intentadas por pluralidade de pessoas que têm pretensão a exigir de outrem prestação indivisível (sem solidariedade entre os credores). *d)* No entanto, preferiu-se considerar necessários todos os litisconsórcios baseados na *comunhão* de direitos e obrigações. Quer dizer: a lei processual considera-os indispensáveis sempre que a pretensão dos litisconsortes ou contra os litisconsortes se funda na mesma *relação jurídica.* O direito material, portanto, é que mostra a comunhão de direitos e obrigações.

Odireito define o litisconsórcio necessário e é absurda a opinião de Francesco Carnelutti *(Istituzioni deI Nuovo Processo Civile Italiano,* 1, 4~ ed., 259) no sentido de se deixar ao *arbitriu,n iudici* determinar, *in casu,* se há, ou não, litisconsórcio necessário.

Não há litisconsórcio necessário entre locatários de partes divisas do mesmo prédio, ou de prédios diferentes do mesmo dono, salvo se a causa é um *a* (demolição de todo o prédio ou de todos os prédios para uma só construção), ou retomada do prédio para uso próprio, se dois ou mais os locatários de partes divisas. A diferença de julgados poderia estabelecer contradição, a despeito de ser a mesma a *causa petenti* e o objeto da demanda (5~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 7 de outubro de 1949, *R. dos T.,* 188, 762). O Juiz de Direito da 3~ Vara da Fazenda Pública (Distrito Federal), Ribeiro Pontes, teve de examinar caso em que se alegava não existir litisconsórcio por não haver *comunhão (D.O.* de 13 de outubro de 1949):

“Não se trata de litisconsórcio facultativo impróprio, conforme a denominação de Pontes de Miranda, e, sim, de um litisconsórcio necessário, dada a evidente existência da comunhão de interesses. Trata-se de litisconsórcio necessário porque os ‘litisconsortes são iguais’. A lei processual considera indispensável o litisconsórcio ‘sempre que a pretensão dos litisconsortes ou contra os litisconsortes se funda na mesma relação jurídica’. O direito material, portanto, é que mostra a comunhão de interesses (Pontes de Miranda, *Comentários,* 1, 344).” Os litisconsórcios que não são necessários, dizem-se *facultativos.* E os facultativos dividem-se em próprios e impróprios.

São litisconsórcios necessários os que ocorrem nas ações de nulidade de

testamento, de servidão sobre prédio em condomínio; não nas ações contra devedores solidários. Não é fim político da lei exigir que se tenham de tratar *igualmente na sentença* (salvo no caso de litisconsórcio unitário) e sim que se profiram os julgamentos na mesma sentença; nem se estabelece presunção de uns representarem os outros, salvo no caso de perda de algum prazo pelo litisconsorte revel. Quando o litisconsórcio é fundado em relação de comunhão, *tal* que a sentença *tenha de ser* uniforme, então, sim, esse é litisconsórcio *unitário (einheitlicheStreitgenossenschaft);* de modo que só a lei, reguladora da relação, e não a vontade das partes, pode decidir (A. Skeld, *Das õsterreichische Zivilprozessrecht,* 1, 198).

Os credores solidários e os devedores solidários não estabelecem litisconsórcio necessário, *afortiori* unitário; credores *in diviso* e devedores *pro indiviso,* sim. Há confusão da doutrina e dos julgados em ver litisconsorcialidade necessária onde há solidariedade (conceito de direito material). A massa de credores e a de devedores, sim, criam o litisconsórcio).

O litisconsórcio por ser comum ponto de fato ou de direito *é facultativo* (1~ Turma do Supremo Tribunal Federal, 5

de março de 1946, *R.F.,* 108, 500); e é recusável.

Se há ação de despejo contra locatários de dois ou mais prédios a serem demolidos para reedificação global, há afinidade de questões e ponto comum de direito e de fato, legitimando a cumulação de pedidos ou de defesa, portanto a litisconsorciação (1~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 2 de agosto de 1948), mas, hoje, não é preciso que haja o acordo de que antes se falava (cp. 6a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 15 de outubro de 1948, *R.T.,* 177, 870).

Sobre o litisconsórcio necessário do Instituto de Resseguros do Brasil, Decreto-Lei n0 9.735, de 4 de dezembro de 1946, art. 36. Sobre a intervenção da Fazenda do Distrito Federal nos processos judiciais, Lei n0 3.751, de 13 de abril de 1960, art. 20, § 505 Sobre litisconsórcio necessário em ação de mandado de segurança, Lei n0 1.533, de 31 de dezembro de 1951, art. 19.

Pode ocorrer que A, B e C, tenham a mesma ação contra D, porque o dano foi a eles causado por D *(e.g.,* acidente de ônibus, ou de trem, ou de avião aos

viajantes). Cada um tem a sua ação contra a empresa, mas não há obrigatoriedade para que todos pleiteiem juntos. Pode dar-se que o juiz, de ofício, ou a requerimento de qualquer das partes, ordene a reunião das ações propostas a fim de serem decididas simultaneamente (art. 105). Se os legitimados à ação preferem a litisconsorciação, tal litisconsórcio é *voluntário.* Muito diferente é o que se passa se o litisconsórcio tem de ser estabelecido, uma vez que é *necessário.* Advirta-se que a unitariedade não faz surgir a necessariedade, razão por que pode haver litisconsórcio voluntário que seja unitário. Portanto, há litisconsórcio necessário sem que seja unitário, como há litisconsórcio unitário sem ser necessário. O art. 47 apenas prevê que se componham a unitariedade e a necessariedade; se não há necessariedade, pode haver unitariedade, abstratamente concebida *(e. g.*, cada sócio tem ação contra a sociedade para declarar, condenar, constituir, obter mandado ou executar, mas não é necessário que se litisconsorciem).

O art. 47 diz que o litisconsórcio é necessário quando, “pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes”; mas pode acontecer que o juiz ou dois ou mais juizes tenham o dever de decidir o mesmo em duas ações ou mais, sem que necessário seja o litisconsórcio. Também pode ser necessário o litisconsórcio sem que tenha o juiz de julgar o mesmo para todas as partes, tal como acontece na ação de usucapião em que têm de ser citados todos os interessados sem que o interesse deles seja o mesmo *(e.g.*, a sentença é favorável ao usucapiente, exceto no tocante à parte do terreno de um dos citados). A unitariedade não depende de ser necessário o litisconsórcio, nem a necessariedade de ser unitário o litisconsórcio. O art. 47 não ofendeu nem destruiu os conceitos de litisconsórcio facultativo, de litisconsórcio necessário e de litisconsórcio unitário. Se algum credor, já em insolvência, aliena bens, ou com tal alienação ou alienações vai à insolvência, a ação constitutiva negativa, dita ação pauliana, pode dar ensejo a litisconsórcio unitário dos credores quiro5 O Instituto de Resseguros do Brasil IRB é considerado litisconsorte necessário nas ações de seguro, sempre que tiver responsabilidade no pedido. conforme o art. 68 do Decreto-Lei n0 73. de 21.11.66. Obviamente, a Lei n0 3.751. de 13.04.60, aludida no texto, está revogada.

Entretanto, consoante advertencia da nota 15 ao tomo 1 (p. 15 da 3 ed.). só excepcionalmente se fará a atuaíizaç8o de textos legais não processuais, ou referidos pelo autor para fins de mera ilustração, ou indicação histórica.

Dá-se o mesmo em casos muito diferentes, como os que têm legitimação ativa à declaração ou à desconstituição do mesmo ato jurídico ou negócio jurídico, os cidadãos no tocante à ação popular, os legitimados *(e.g.*, cônjuges e Ministério Público) à ação desconstitutiva do casamento, os legitimados a promover a interdição de alguém, prejudicados que pedem retificação do registro de imóvel, os condôminos de imóvel rural que requerem a inscrição no Registro Torrens, sócios na ação de dissolução de sociedade, acionistas que pedem a decretação de nulidade de deliberação de assembléia geral da sociedade anônima, acionistas que, diante da omissão da sociedade, pedem a condenação do diretor ou dos diretores a pagar os prejuízos causados ao patrimônio social, os interessados na herança quanto à indignidade de herdeiro ou legatário, ou à deserdação, os herdeiros da herança na ação de sonegados, os legitimados à ação de nulidade de patente de invenção, ou de registro de marca de indústria e de comércio ou serviço, ou de expressão ou sinal de propaganda. Temos aí apenas exemplos.

Na ação pauliana há o litisconsórcio passivo do transmitente e do adquirente, sem que se afaste a legitimação do adquirente à denunciação da lide para se resguardar (art. 70, 1). Quando terceiro propõe ação de nulidade de casamento, ou os cônjuges se litisconsorciam, ou, com diferentes atitudes, se fazem litisconsortes passivo e ativo.

Também entre os sócios na ação de dissolução de sociedade pode haver divergência, ou divergências, e uns sejam litisconsortes ativos e outros passivos. Na ação de rescisão de contrato por *dissen sus qualitati,* em que a qualidade da coisa é essencial (ação inconfundível com a de resolução ou resolução de contrato; cf. *Tratado de Direito Privado,* 1,

§ 38, 2), o que acontece com os vendedores de imóvel. Outrossim, com os co-locadores, na ação de renovação de contrato de locação comercial ou industrial; com os co-exeqílentes, nos embargos do devedor (ou dos devedores litisconsortes).

Conforme antes dissemos a legitimação ativa e a legitimação passiva podem ocorrer em qualquer ação declarativa, condenatória, constitutiva (positiva ou negativa), mandamental *(e.g., habeas corpus,* mandado de segurança, ações de manutenção, interdito proibitório, embargos de terceiro, arresto, sequestro, busca e apreensão, ação de atentado), executiva. O que pode acontecer é que, na espécie ou no caso, não possa haver pluralidade de autores ou de réus.

*Art. 46. Duas ou mais pessoas )podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa oupassivamente, quando: 1 entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide* 2); *11os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito* 5> ~); *III entre as causas houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir* 3); *IV ocorrer afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito* 4)~

*Parágrafo único. O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa. O pedido de limitação interrompe o prazo para resposta, que recomeça da intimação da decisão.*

1. Pressupostos do litisconsórcio As fontes ou pressupostos do litisconsórcio são qualquer comunhão de direito ou obrigação (aliás, dever ou obrigação), a conexão de causas e a afinidade de questões, motivada pela existência de ponto comum de direito ou de fato, ou oriunda de questões com ponto comum de direito ou de fato. Na expressão *comunhão de direitos ou de obrigações,* alude-se a qualquer comunhão, de que as diferentes comunhões legais ou voluntárias (comunhão de bens entre cônjuges, comunhão societária, condomínio, composse etc.) são apenas espécies.

Desde que o direito seja um só ou uma só a obrigação e haja pluralidade subjetiva, existe comunhão. O conceito adquire a máxima extensão possível, desde que não desdobre das linhas jurídicas.

. Erraria o juiz que, em todos os casos, restringisse o litisconsórcio, por exemplo, aos dez primeiros autores, ou aos dez primeiros réus. Pode o magistrado, perfeitamente, excluir do processo determinados litisconsortes, nele deixando Outros, pela maior parecença de situações, ou. ainda quando não ocorra semelhança, pela facilidade da prova.

Ao ato de exclusão de litisconsorte a doutrina e jurisprudência atribuirão, como se pode afirmar diante das manifestações dos autores e dos tribunais, a natureza de decisão interlocutôria (o próprio texto fala em decisão) e. por isso, sujeita a agravo. Obviamente, excluído do processo o litisconsorte ativo, nada impedirá que ele proponha a ação sozinho, ou mesmo juntamente com Outras pessoas, também excluídas, ou demandantes da jurisdição pela primeira vez. Igualmente. pode-se acionar o réu que saiu do processo, em virtude da aplicação do

parágrafo.

Cabe notar que a incidência da regra não afeta o regime de conexão de causas. Se, v.g., excluídos do litisconsórcio alguns autores, eles ajuizarem Outra ação com o mesmo objeto, ou a mesma causa de pedir da anterior, será esta conexa com aquela, e deverão ser reunidas (ari. 105).

'O pedido de limitação interrompe o prazo para resposta, que recomeça da intimação da decisão', diz a segunda parte do parágrafo. Não se pense, entretanto, que, aludindo a pedido de limitação do número de litisconsortes, o dispositivo proiba que o juiz proceda, de ofício, à restrição. Negar-lhe esse poder será despojá-lo da função de dirigente do processo (art. 125). A decisão não provocada do juiz de afastar algum autor, ou de eliminar algum réu, não interrompe nem suspende qualquer prazo, como, por exemplo, o que estivesse em curso para que outro demandante regularizasse a sua representação, ou para que os demandados remanescentes respondessem.

Determina, entretanto, o parágrafo a interrupção do prazo para a resposta em qualquer das suas modalidades (art.

297), se houver requerimento de limitação. Isso, porque o requerimento cria um incidente, cujo procedimento pode dificultar o acesso aos autos, ou influir na atitude de um co-réu, cuja resposta variaria, conforme a presença ou a ausência de outro litigante.

A interrupção, ao contrário da suspensão, significa recomeço do prazo por inteiro (o parágrafo usa o verbo *recomeçar),* que correrá desde o inicio, a partir da intimação da decisão do incidente.

O momento natural para a limitação pelo juiz será o do deferimento da inicial. Qualquer autor, ou réu, assim como o Ministério Público ou o terceiro interveniente pode, entretanto, requerê-la, ou ordená-la de ofício o juiz, antes de decorrido o prazo da resposta (depois não, pela incidência do art. 264), como demonstra o parágrafo, aludindo à interrupção desse prazo.

A limitação implica exclusão, só por razão de ordem numérica, quando fundada no parágrafo que agora se examina, sem que isso afaste, evidentemente, a possibilidade da exclusão por outros motivos, como, por exemplo, a

ilegitimidade, ou o descabimento do litísconsórcio pela falta de pressuposto da sua formação.” Olitisconsórcio, necessário ou facultativo pode ocorrer em qualquer espécie de ação, uma vez que satisfeitos os seus pressupostos. Pode haver litisconsórcio em reconvenção, que ação é, quer ativo quer passivo, e em embargos do devedor, ou em embargos de terceiro. Se há dois ou mais réus e um reconvém ou alguns reconvêm, tanto pode haver litisconsórcio passivo, no tocante às contestações, como nas reconvenções. Pode mesmo dar-se que a mesma pessoa se litisconsorcie com o autor da ação e com o autor da reconvenção, uma vez que haja comunhão de direitos ou de obrigações relativamente a uma ação e à outra, ou conexão no tocante a um objetivo e a outro, ou conexão pela causa de pedir, quer quanto a uma ação quer quanto à outra. Também, quanto à ação, pode existir afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito, e dar-se a afinidade com questões da reconvenção. Frise-se, em se falando de conexão, que a mais profunda conexidade é a que se opera quando uma causa de pedir ou o objeto da causa está inserto noutra ou noutro *(continência,* espécie de conexão, que é a mais profunda).

Se o litisconsórcio é necessário, têm de ser chamados ao processo os que não propuseram a ação, ou os que, como réus, têm de ser citados. Frise-se que não só se citam réus; e a redação do art. 213 (Lei n0 *5.925,* de 10 de outubro de 1973) foi acertada, porque não só se citam réus. Citam-se litisconsortes ativos e quaisquer interessados em defesa.

A *conexão de causas* é a ligação entre elas quando certo processo deva ser decidido pelo juiz que já conheceu, ou que poderá conhecer de outro processo. Os exemplos melhor esclarecem a noção, provisoriamente, enquanto não se comenta o art. 103: as reconvenções têm de ser apresentadas perante o juízo em que está pendente a ação principal; a ação cambiária contra vários obrigados por letra de câmbio ou nota promissória é de exercer-se perante qualquer tribunal que possa conhecer da ação contra qualquer deles; nos casos de falência e de concurso de credores, as ações declaratórias da existência do crédito devem correr por onde está aberta a falência ou concurso; no juízo da interdição é que se processa o seu levantamento; o juízo da matéria principal é competente para decretar o arresto e quaisquer outras medidas de igual natureza.

Os credores parciais por contrato, os acionistas que impugnam a reunião da assembléia geral, ou que ela deliberou, os que opõem embargos de terceiro nos concursos, os legatários, os co-herdeiros do credor depois da divisão, são

litisconsortes pela conexão (identidade da causa jurídica ou fáctica).

A quarta fonte do litisconsórcio é a *afinidade das questões* devido à existência de ponto comum de direito, ou de fato.

Aqui, não há comunhão. Não há, sequer, conexão. Apenas está em discussão um ponto de direito, e a lei facultou que a pluralidade de autores componha a cumulação litisconsorcial. Nesse ponto, a inovação do Código de 1939, trazida ao de 1973, foi enorme. Se A discute com C, perante o juízo de uma vara, digamos a vara se determinado artigo de lei é imperativo, ou se é dispositivo, e B vem a saber da existência de tal processo contra C, em vez de levar o pedido à vara Z, pode B estabelecer o litisconsórcio com A. Esse litisconsórcio é inicial ou ulterior. Tal forma de litisconsórcio permite a C propor a ação contra A, contra B e contra todas as outras pessoas que estejam em divergência com ele, quanto à interpretação do artigo de lei do nosso exemplo. Também A e B têm o direito de acionar, juntos, a C.

Substitua-se, no exemplo acima, a referência a artigo de lei e à discordância quanto ao seu caráter imperativo, ou dispositivo, pelo desastre de automóvel em que foram vitimas A e B, e está composta a figura do ponto comum de fato.

São casos de litisconsórcio por afinidade de direito ou de fato: a cumulação de ações derivadas dos títulos cambiários, ou equiparados, contra os coobrigados; a de ações da mulher e do filho extra matrimonial; a de dois ou mais sujeitos com pretensão a perdas e danos pelo mesmo ato ilícito; a de ações da pessoa jurídica contra seus membros; a de embargos dos executados contra o executante para que se mande levantar a penhora; a das ações dos co-fiadores contra o afiançado; a dos credores ou credor contra os co-fiadores. O Código também admite o litisconsórcio por afinidade nos dois pólos, o ativo ou o passivo, ou o ativo e o passivo.

As quatro fontes mencionadas pelo art. 46 não exaurem as fontes do litisconsórcio. Ainda se pode dar o caso de terceiro prever que a sentença proferida como entrega da prestação jurisdicional entre parte, com as quais não se acha em comunhão, nem em situação de conexão de causas ou de afinidade de problemas jurídicos ou de fato, lhe possa prejudicar ou favorecer. Tal terceiro está autorizado pelo art. 54, parágrafo único, a intervir no processo, na qualidade de assistente equiparado ao litisconsorte. O *defensor matrimonii,* que a lei de

direito material ou processual exija nas ações de invalidade de casamento, é litisconsorte (Rudolf Pollak, *System, 125),* não íntervemente.

Uma das consequências de haver tantas relações jurídicas processuais, no litisconsórcio, quantos são os litisconsortes, está em que pode a causa prosseguir com os demais, ou com o outro, se a um deles se considera que não pode figurar no processo (= não é parte ou deixou de ser), *ou* se o pedido foi repelido por ilegitimidade *ad causam* (6~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 5 de abril de 1946, *R. F.*, 107, 288). Outra éa de prosseguir o feito se foi julgado não haver cumulação subjetiva ou litisconsórcio (la Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 4 de fevereiro de 1946, *R. dos T.*, 160, 202).

A pretensão à tutela jurídica e a pretensão processual podem existir, ou não, a respeito de qualquer dos litisconsortes, sem atingir ao outro ou aos outros o julgamento.

Se todos os litisconsortes passivos têm o mesmo procurador, o procurador único é que há de ser citado ou intimado.

Se há dois ou mais procuradores, todos têm de ser citados e intimados. Quanto aos litisconsortes ativos, com um só procurador, as intimações a ele se dirigem; se há dois ou mais procuradores, todos têm de ser intimados. Se advém reconvenção, os litisconsortes passivos passam a ser autores e os litisconsortes ativos a réus, de modo que o que acima dissemos se aplica aos reconvintes e aos reconvindos. Observe-se, porém, que nada impede que para a reconvenção se haja mudado algum, ou se hajam mudado alguns, ou todos os procuradores.

Os litisconsortes ativos podem ser os opositores e os litisconsortes passivos os opostos. Também pode ocorrer litisconsórcio ativo ou passivo nos casos de assistência, de nomeação à autoria, de denunciação à lide e de chamamento ao processo. Não se há de pensar em que não possa haver litisconsórcio entre entidades estatais, ou entre entidade estatal ou entidades estatais e outras pessoas de direito público ou de direito privado, mesmo entre ela ou elas e sociedade sem personalidade jurídica (art. 12, § 20).

No Código de Processo Civil não se falados deveres dos litisconsortes, entre si, no procedimento e nas atitudes.

Havemos, porém, de entender que só não há dever onde cada um se pode manifestar livremente. Por isso, mesmo no litisconsórcio unitário, nada obsta a que um conteste, outro só conteste em partes e outros não contestem. Daí podem advir danos para outro ou outros litisconsortes, provenientes de má-fé (art. 16), como se deduzem pretensão ou defesa, cuja falta de fundamento não podia razoavelmente desconhecer (art. 17, 1), alterou, intencionalmente, a verdade dos fatos (art. 17, II), omitiu, intencionalmente, fatos essenciais ao julgamento da causa (art. 17, III), usou do processo com intuito de conseguir objetivo ilegal (art. 17, IV), opôs resistência injustificada ao andamento do processo (art. 17, V), procedeu de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo (art. 17, VI), provocou incidentes manifestamente infundados (art.17, VIl).7 A indenização, de que cogita o art. 18, é à parte contrária, mas os atos de que fala o art. 17 podem ser danosos ao litisconsorte ou a alguns ou aos outros litisconsortes, e há, então, a ação de indenização com fundamento no direito material, posto que os conceitos estejam mencionados no direito processual, uma vez que são atos, positivos ou negativos, que se passam no processo. A ação, ai, nada tem com a sentença que se vai proferir na ação em que se deu a má-fé, de modo que pode o juiz condenar o litisconsorte, ou os litisconsortes, a indenizar à parte contrária (art. 18), porém não a outro litisconsorte, ou outros litisconsortes. Entre litisconsortes a ação é em outra ação ordinária. Todavia, surge um problema: se houve conveniência e, talvez, cumprimento de ordem entre um litisconsorte e a outra parte, ~,pode o juiz, aí, apreciar a responsabilidade do litisconsorte conivente? A resposta tem de ser afirmativa, porque se está a apreciar a responsabilidade da parte quanto a algum ou a alguns dos litisconsortes, sem se excluir a possibilidade de algum ou de alguns deles ter sido subornado por ela ou de serem os interesses dela e dele ou deles comuns e secretos.

Há um princípio de livre promoção do andamento do processo (art. 49), mas isso não afasta a responsabilidade do litisconsorte, em relação ao outro ou aos outros, na prática de atos ou omissões de má-fé, de que se irradie a sua responsabilidade.

2. Comunhão de direitos e obrigações No caso de litisconsórcio, ativo e passivo de fonte na comunhão, as partes não podem dispensá-lo.8 E o litisconsórcio necessário, também chamado litisconsórcio especial ou qualificado *(litisconsortiu,n necessarium).* Caracteriza-se pelo fato de que a cumulação subjetiva preexclui a *independência* entre as partes. A regra éque as cumulações

subjetivas possam operar-se, continuando as partes independentes entre si. No caso da comunhão de direitos e obrigações a situação de mesma *sorte* é tal que perdem as partes a independência que teriam na cumulação subjetiva simples. Por exemplo: a ação dos condôminos contra o terceiro que pretende ser sua a coisa em condomínio; as pessoas interessadas na validade de testamento, por terem sido instituidas herdeiras; art. 17 do CPC foi reformulado pelo art. 10 da Lei n0 6.771, de 27.3.80 (veja-se esse artigo, no tomo 1, com a respectiva nota de atualização).

8Dos raros casos de litisconsórcio necessário ativo, colhem-se estes exemplos no CPC: dativo o Inventariante, todos os herdeiros e sucessores do falecido serão autores nas ações em que o espólio for parte (art. 12, § jo), citando-se para integrar o pólo ativo os que, eventualmente, se recusarem, ou não puderem propor a ação (art. 47, parágrafo iinico); o condômino promovente da demarcação cita os demais como litisconsortes. obviamente ativos (art. 952).

os co-legatários, a respeito do co-legado. É então preciso que o processo cumulativo marche de tal maneira que a resolução final seja *comum* a todas as partes. A sorte delas não pode ser eliminada. Para isso, a atividade de cada um dos litisconsortes influi sobre o processo do outro ou dos outros, de modo que a prova feita por um é como se tivesse sido produzida por todos os restantes. Se um deles nada fez, ao ter de provar a demanda, nem por isso lhe deixa de aproveitar a sentença a ser proferida. Em todo caso, o fato admitido somente por um, ou a pretensão do adversário que somente um reconheceu, apenas se tem por firme quando os outros litisconsortes a discutem. Tampouco vincula aos outros a confissão ou o reconhecimento de um só deles, sem que qualquer desses fatos parciais possa ser excluido na convicção final do julgador. (Cf. José Joaquim Calmon de Passos, *Do Litisconsórcio no Código de Processo Civil*, 63). O art. 350 do Código de Processo Civil vigente, como o art. 231 do Código de 1939, ressalva, quanto à confissão judicial, o prejuízo aos litisconsortes. No caso de um dos litisconsortes ser revel, a revelia não o prejudica e a sentença favorável lhe aproveita tanto quanto aos outros. (Tratando-se de litisconsórcio com fonte na conexão de causas, as partes que estão a promover a ação, ou a defender-se nela, não pode recusar o que se apresenta como litisconsorte pela conexão. Note-se a diferença em relação à comunhão de direitos e obrigações. Nessa, o litisconsórcio é necessário. As partes têm de diligenciar para que todas estejam presentes na relação jurídica processual, mantendo, no plano do processo, a co-

presença existente no direito material.)

A comunhão de direito material plasma a consorte processual.

As pessoas jurídicas de direito público que criam as autarquias não são, necessariamente, litisconsortes nas demandas em que as autarquias sejam partes (Câmaras Civis Reunidas do Tribunal de Apelação de São Paulo, 12 de abril de 1946, *R.F.,* 107, 513).

"É necessário que o terceiro comungue do mesmo direito do réu ou do autor, pois, como bem diz o insigne Pontes de Miranda, "a comunhão de direito material plasma a consorte processual" (l~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 22 de junho de 1955, *D. da J.* de 22 de setembro)." 3. Conexão No *litisconsórcio facultativo próprio,* que é o da conexão, as partes que suscitaram a lide ou que foram suscitadas, nenhuma obrigação têm de procurar os interessados por conexão no processo. Se, porém, tais interessados requerem o litisconsórcio, não pode ser recusado. Dá-se, ai, o direito pré-processual subjetivo do ingresso no processo, a pretensão a ser parte. Está em causa a pretensão à tutela jurídica. (Quanto à terminologia, compreende-se que se chame litisconsórcio facultativo próprio o que resulta da *conexão,* e impróprio, o que apenas se prende à *afinidade* de questões jurídicas ou de fatos. Seria repelível que se considerasse impróprio o litisconsórcio que provém da conexão, e próprio, o que advém da simples afinidade.)

Embora casada sob o regime da separação de bens, a mulher casada é litisconsorte na ação de cobrança de divida simulada do marido, podendo exigir, vencedora, pagamento de custas e honorários (4~ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 16 de agosto de 1945 ,*R.F.*, 106, 302). O litisconsórcio é voluntário. Se executada a dívida em bens imóveis ou móveis do casal, ou em bens imóveis do marido, a mulher tem de ser citada, como parte, ou por ser necessário o seu assentimento.

Se contra alguma empresa é proposta ação de indenização e alega que a culpa foi de outra empresa, ou terceiro, pode suscitar o litisconsórcio, por serem conexas as causas, e o réu não o pode recusar o que lhe assaz interessa se deseja exercer ação regressiva (8a Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 24 de junho de 1946, *D. da J.*

de 18 de novembro de 1947, 4229).

Pascoal José de MeIo Freire *(Institutiones luris Civilis Lusitani,* III, 6, 11), firmado em Álvaro Valasco *(Praxis Partitionum et Colíationum,* 505), redigiu a regra: *heredes neque agere, neque conveniri posse intra tempus inventariiconficiendi.* Além da prova do texto de hoje contra o erro do *neque agere,* há os testemunhos de Diogo Guerreiro *(De inventario,* Tít. 1, 2, n0 34) e de Manuel de Almeida e 5 ousa *(Notas de Uso prático e críticas,* III, 392); o herdeiro pode exercer todas as ações. Silvestre Gomes de Morais *(Tractatus de Executionibus instrumentorum et sententiarum,* III, 121) diz o mesmo quanto à legitimação passiva, se alguém pleiteia contra o herdeiro.

4. Afinidade de questões quanto a ponto comum de direito Se há afinidade de questões jurídicas ou de fato, o litisconsórcio é chamado litisconsórcio *facultativo impróprio.* Tem de estabelecer-se por acordo expresso ou tácito dos litigantes. É um litisconsórcio convencional, sem que se preexclua a possibilidade de se começar o processo somente por uma parte, ou por mais litisconsortes, a que os outros se juntem por adesão, segundo os princípios da declaração unilateral de vontade aplicáveis ao chamamento explícito ou implícito do proponente ou dos proponentes em ação. Observe-se que esse litisconsórcio, à diferença dos demais, não traz determinação de competência. É preciso que a competência do juízo exista,

por si mesma, para a cumulação subjetiva. Trata-se de expediente de interesse privado das partes, por economia de processo. Se o juiz notar que o caso não é de litisconsórcio facultativo impróprio, é de seu dever providenciar para o litisconsórcio necessário, no caso de existir comunhão de direitos ou de obrigações, e não poderá recusar o que se apresente, *sponte sua,* como litisconsorte por conexão de causas.

Tivemos de bem precisar o que é litisconsórcio *indispensável* (ou necessário), na terminologia do Código. É de notar-se que, embora o conceito venha do direito material, o Código adotou conceito de direito processual.

Se dois ou mais locatários propõem ação de consignação em pagamento, por haver ponto comum de fato, ou ponto comum de direito, há litisconsórcio voluntário ativo. Se há conexão de causa, o litisconsórcio é irrecusável (2~

Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 16 de novembro de 1948, *R. dos li*, 178, 336).

5.Mesmo fundamento de fato ou de direito O art. 46, II, é novo em relação ao direito anterior, mas apenas quanto à explicitude. A redação assemelha-se à da Ordenação Processual Civil alemã, §~ 59 e 60, apenas com a diferenciação entre as regras jurídicas do ~ 59 e do § 60 no tocante a serem litisconsórcio com acumulação de panes o do § 59 e litisconsórcio por homogeneidade da pretensão (não mesmidade) o do ~ 60. Ali, o § 59 supõe a *Parteienhãufung;* aqui, o § 60, a *Gleichbartigkeit der Anspríiche.* O Código de Processo Civil brasileiro de 1973, no art. 47, fala de litiscousórcio necessário, e, logo após, de ser "de modo uniforme" a decisão da lide. Há litisconsórcios necessários que não são uniformes. Na Ordenação Processual Civil austríaca, § 14, alude-se a efeitos de sentença que se estendem a todos os litisconsortes. O que nos importa é, com minúcia e profundidade, interpretar o art. 47, onde se cogita de necessidade e, logo após, de uniformidade ("litisconsórcio necessário", "tiver de decidir a lide de modo uniforme").

6. Herdeiro e litisconsórcio O herdeiro dá-nos o tipo mesmo do litisconsorte necessário em todas as ações em que a herança for autora, ou ré, ou interessada. Nenhum dos herdeiros é independente do outro, exceto nas questões que se prendam exclusivamente à parte ou cota que lhe caiba no acervo. Declarado válido o testamento, ainda que um dos herdeiros, que se cria morto, apareça, a sentença lhe é tão favorável quanto para qualquer dos outros, presentes à lide.

*Não há nenhum litisconsórcio necessário, Unitário ou não, em virtude de lei processual* (Hans Sperl, *Lehrbuch,* 1, 189).

Regra que o fizesse seria de direito material. A 2a Turma do Supremo Tribunal Federal, a 14 de abril de 1950 *(D.J.* de 30 de janeiro de 1952), com o voto do relator, decidiu:

"Não obstante representar o inventariante o espólio, passiva e ativamente, o que o Código de Processo Civil tomou induvidoso, o herdeiro, como ensina Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil,* 1, ia ed., 345, dá-

nos 'o tipo mesmo do litisconsorte necessário, em todas as ações em que a herança for autora, ou ré, ou interessada' .

*Art. 47. Há litisconsórcio necessário* 1)5) *quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide ~) de modo uniforme* 6fj *para todas as partes* 5); *caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo* 4)9)11)14) *Parágrafo único.~ O juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários* IS), *dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo* 2)10)12) 1. Litisconsórcio necessário unitário Tratando-se de litisconsórcio *unitário,* a natureza jurídica material do pedido é que determina o tratamento que hão de ter os consortes quando se trate dos efeitos dos atos de um em relação aos outros litisconsortes. No litisconsórcio com fonte na comunhão de direitos ou de obrigações, às vezes têm de ser tratados uniformemente todos os litisconsortes. Se não se refere a cada um deles, nem por isso deixa de fazer coisa julgada para todos, como se fossem um só litigante. Quando um dos litisconsortes é revel, ou muitos são revéis, nenhuma consequência tem a sua revelia. A lei entende que basta ao consorte inativo o que fez o litisconsorte ativo.

Desse modo, o que o comparecente faz prejudica ou aproveita ao revel ou aos revéis. Se um dos litisconsortes é ativo durante prazo fixado para todos, a sua atividade serve a si e aos demais. Se todos foram intimados da sentença e só um recorreu, a todos aproveita ou



Conforme o ~ I0do art. 12, o herdeiro só é litisconsorte necessário do espólio, se o seu inventariante for dativo (art. 990, V e VI).

prejudica o recurso. E como se o recurso houvesse sido interposto por todos. Por onde se vê que os arts. 46-49 têm de ser interpretados, em contínuas remissões ao direito material. No litisconsórcio unitário, só há, portanto, contumácia quando todos os litisconsortes são contumazes.

O nome que se deve dar ao litisconsórcio necessário é o que sempre se deu *(notwendige Streitgenossenschafl).* Dizê-

lo litisconsórcio indispensável seria fonte de grave confusão terminológica. O litisconsórcio voluntário é o que depende da vontade: não se compõe e depois se pode dispensar *(dispend re);* a vontade é que o determina, uma vez que os

elementos do suporte fáctico estão compostos e só falta o querer dos litigantes. O litisconsórcio necessário surge com a incidência da regra jurídica, sem qualquer razão para se aludir à indispensabilidade, em vez de à necessariedade, que se irradia da lei ou da relação jurídica que existe.

Litisconsórcio necessário unitário é o litisconsórcio necessário em que é exigida a unitariedade. Foi isso o que sempre mostramos. Nem todos os litisconsórcios unitários são litisconsórcios necessários, e nem todos os litisconsórcios necessários são unitários. O art. 47 referiu-se à unitariedade como causa da necessariedade. De modo nenhum disse que *só* há litisconsórcio necessário se unitário. É a lei, ou a natureza da relação jurídica, que faz ser uniforme a lide.

Do direito material provém a espécie que pertence ao direito processual. Não é preciso que a lei explicitamente diga que a lide há de ser uniforme; a lei cria a uniformidade, no tocante aos direitos ou obrigações ou de relação jurídica resulta a consorciedade unitária, que reflete na lide, determinando o litisconsórcio unitário. A lide, com boa técnica; deu ao juiz, de inicio, a missão de mandar que o autor promova a citação de todos os litisconsortes necessários (art.

47, parágrafo único), dentro do prazo que marque, sob pena de declarar extinto o processo. A expressão “declarar” ai não é imprópria, porque a extinção é *ex lege:* vencido o prazo, nada mais pode fazer a parte, nem o juiz.

O litisconsórcio não é *unitário* por simples reflexo do processo; nem pela representação de uns litisconsortes por outros, por isso só se dá em caso de revelia. São litisconsortes unitários: o órgão do Ministério Público e o interessado que move a ação de nulidade do casamento contra os cônjuges; outrossim, os comproprietários no caso de limites que se não podem marcar pela posse, sequer.

2. Revelia de litisconsorte Os revéis litisconsortes, necessários ou não, como todos os revéis, podem entrar no processo, a todo tempo. A eles dispensa a lei a nova citação. Dá-se isso porque, ainda no litisconsórcio voluntário impróprio, há entre eles e as outras partes mais do que a simples junção de diferentes processos. As medidas protectivas pessoais, *e.g.,* as do art. 90, são de cada litisconsorte, e inextensíveis.

No Código de Processo Civil vigente, art. 319, diz-se que, se o réu não contestar

a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor; mas, no art. 320, 1, ressalva-se a espécie em que haja pluralidade de réus se algum deles contestar a ação. Pergunta-se: ~a pluralidade, aí, é *a)* a de litisconsortes necessários unitários; *b)* a de litisconsortes necessários; *c)* a de litisconsortes voluntários; ou *d)* qualquer pluralidade? Temos que as respostas *c)* e *d)* têm de ser afastadas, porque a pluralidade pode ser por apenas haver fundamento comum de direito, ponto comum de direito e afinidade de direito (art. 46, II e IV). O que basta é que haja pluralidade litisconsorcial necessária (portanto, inclusive unitária), ou pluralidade em litisconsórcio voluntário se há o fundamento de fato comum, ou a afinidade de quantos por um ponto comum de fato. Seria absurdo que a regra jurídica aproveitasse a réus que nada têm entre si que seja comunhão, nem conexão pela causa de pedir, nem ponto comum de fato, nem o mesmo fundamento de fato. Ora, se casa litisconsorte fez as suas provas e o juiz tem de apreciá-las para a decisão final, sem ficar adstrito a considerá-las como uma só, j,como se haveria de admitir que não levasse em consideração que, em casos de pluralidade de litigantes, todos com invocação da mesma regra jurídica, não tivesse de atender a que A alegou o fato *a,* B o fato *b,* e C o fato *c,* e na contestação de C nada se ligasse aos fatos *a* e *b,* cujos alegantes foram revéis? A aplicação do art. 320, 1, para ser verdadeiras as afirmações de A e B, que nada têm com a de C.

A interpretação que se desse ao art. 320, 1, fora do litisconsorte necessário unitário e das pluralidades de litigantes em que não ocorresse ser o mesmo o fundamento de fato, ou haver afinidade de quantos de fato, seria absurda.

3. Terminação do processo e litisconsórcio necessário O litisconsórcio necessário é conceito de direito material, liga-se à pretensão de direito material, à *res in iudicium deducta.* Tal litisconsórcio acaba com a terminação do processo, da lide (exceto no caso de sociedades irregulares, Rudolf Pollak, *System,* 198); mas qualquer litisconsorte pode sair antes, porém não, sendo réu, ser posto fora, ou extinto o processo somente para ele.

4.Relação jurídica processual e litisconsórcio Há uma arte, ou duas, ou mais, de cada lado, e um processo, porque só há uma relação jurídica. Nem sempre a relação é una. Então há porção de pedidos em que pode haver litisconsórcio, porém não *unitário.*

A referência do art. 47, parágrafo único, ao dever do juiz de ordenar que o autor

promova a citação de todos os litisconsortes ativos não é de repelir-se. Não seria apropriado falar-se de intimação, nem de notificação.

Há chamamento ao processo, posto que não seja em frente, mas de lado (chama-se à relação jurídica processual como autor). Se o litisconsorciação é passiva, a despeito de a isso não se aludir no art. 47, parágrafo único, temos de entender que se tem de citar os que são, necessariamente, réus: ou a promoção da citação é pelo autor ou pelos autores, ou pelo réu ou pelos réus. Pense-se, por exemplo, na citação do denunciado à lide (art. 71), quer tenha partido do autor ou do réu, e no chamamento ao processo (arts. 77-80).

5.Princípios sobre litisconsórcio necessário não-unitário e sobre litisconsórcio necessário unitário São proposições úteis, na teoria e na prática. Quando não há litisconsórcio necessário, não há litisconsórcio unitário.

(1)Se não há litisconsórcio unitário:

*a)* O litisconsorte revel, ou que tiver perdido algum prazo, não é representado pelo outro; que dizer: o comparecente posterior pode impugnar atos *anteriores.*

*b)* O litisconsorte pode impedir os prejuízos oriundos do ato processual do outro. Tal litisconsórcio, como os facultativos, fica a meio caminho entre o litisconsórcio unitário e a intervenção, segundo o art. 54.

*c)* Tal litisconsorte, em virtude de *b),* tem liberdade para contestar a confissão, opor-se à desistência e à transação, bem como a qualquer atitude de conformidade expressa ou não. Não cabe sentença contumacial se o litisconsorte não foi contumaz.

(II) Quando há litisconsórcio unitário:

*a)* A intimação da sentença, promovida pelo litisconsorte, tem eficácia *a favor* de todos os outros.

*b)* A intimação da sentença favorável aos litisconsortes, promovida pela parte contrária, contra um só, seguida de trânsito em julgado quanto a esse, tem eficácia a favor de todos.

*c)* Se a sentença é favorável ao demandante contrário, têm de ser citados todos

os litisconsortes e é preciso extinguirem-se todos os prazos (James Goldschmidt, *Der Prozess ais Rechtslage*, 534).

*d)* A extinção do processo quanto a um dos litisconsortes opera quanto aos outros. Foi Konrad Hellwig *(System,* 1, *

123, IV, n0 2, e nota 9) que procedeu à distinção entre a extensão da absolvição da instância (extinção do processo) do litisconsórcio forçado ou unitário (litisconsórcio necessário verdadeiro ou próprio), de que se cogita, precisamente, no art. 47, isto é, no § 62 da Ordenação Processual Civil alemã, e a extensão da absolvição da instância no litisconsórcio necessário simples ou no litisconsórcio necessário impróprio. Antes dele, não as distinguiam Josef Kohler *(Der Prozess ais Rechtsverhdltnis*, 102, nota 2). Wilhelm Kisch *(Begríffund Wirkungen der besonderen Streitgenossenschaft,* 43, s.). No sentido semelhante ao que se lê em Konrad Hellwig e ao nosso texto, James Goldschmidt *(Der Prozess ais Rechtslage*, 532 e 534). João Monteiro *(Programa*, 1, 256) nada mais fez do que copiaras regras da lei alemã, correspondentes aos atuais § § 59-60, 62, sem qualquer explicação, nem entendimento.

*e)* Os litisconsortes necessários ativos hão de realizar conjuntamente os atos que tenham por objeto a obtenção de resoluções judiciais; e os atos constitutivos de situações processuais (desistência, transação), praticados por um, podem prejudicar, processualmente, aos outros, e aqui, excetuando a regra do n0 II, *a),* a intimação da sentença promovida somente por um dos litisconsortes, não produz eficácia a favor de todos, e, feita contra um deles, a produz contra todos. A sentença transitada em julgado contra um transitou *contra todos;* a sentença que transitou em julgado contra a parte contrária, quanto a um, só transita em julgado quanto a ele quando transitar quanto a todos.

*f)* Os revéis e os que perderam prazo são tratados como os demais litisconsortes. (Aqui, o Código de Processo Civil de 1939, art. 90, referiu-se à representação, seguindo o § 62 da Ordenação Processual Civil alemã, que, nesse ponto, James Goldschmidt interpretou erradamente. No Brasil, os revéis "podem" intervir, ao passo que na lei alemã "devem ser chamados" para que intervenham. No Código de 1973, o art. 322 permite a intervenção do revel no processo em qualquer fase. Não há mais a referência a serem os litisconsortes revéis "representados" pelos outros).

O litisconsórcio do art. 47 é litisconsórcio necessário *unitário,* dito, então, pela exceção ao principio dispositivo, *litisconsórcio de oficio.* Não se pode afastar qualquer litisconsórcio por laço de comunhão de direitos ou obrigações com a citação de todos os litigantes; a parte precisa suscitar o litisconsórcio unitário. Há litisconsórcios necessários não-unitários. O art. 47, parágrafo único, de modo nenhum se refere aos intervenientes adesivos, ainda os intervenientes litisconsorciais, de que fala o art. 54, parágrafo único, contra, *de legeferenda*, Francesco Camelutti *(Lezioni*, IV, 105 s.; *Studi*, II, 153-156). Não temos a ordem de integração da contestação fora do art. 47, parágrafo único.

A unitariedade do litisconsórcio resulta de ter o juiz de decidir a lide“de modo uniforme”, razão por que tem ele de verificar se há a exigência de ser unitário o litisconsórcio. Pode ocorrer a necessariedade sem existir a exigência de ser unitáno o julgamento, uma vez que a situação das partes a isso não levou. Daí termos sempre dito que há litisconsórcio necessário sem que haja pluralidade de decisões sujeitas à uniformidade. No art. 10 estatuise que o cônjuge necessita do consentimento do outro cônjuge para propor ações que versem sobre bens imóveis ou direitos reais sobre imóveis alheios.1t> Há, aí, litisconsórcio necessário ativo. Se os cônjuges não são comuneiros, no tocante ao bem ou ao direito real, o litisconsórcio necessário não é uniforme, porque só há uma decisão, que é a respeito do direito, da pretensão e da ação de um deles. Se são comuneiros, há a unitariedade.

Em vez de criticarmos o art. 47, atribuindo-lhe o erro de só ter como necessário o litisconsórcio unitário, temos de atender a que nele se diz o que se passa se o litisconsórcio necessário é unitário (art. 47 e parágrafo único). Pode haver a unitariedade sem ser necessário o litisconsórcio. Pense-se nas ações em caso de serem solidários os devedores.

6. Condomínio e litisconsórcio Em todas as ações contra os condôminos, em que se peça alteração, ou se negue o direito real, ou a posse dos condôminos, são eles *litisconsortes passivos necessários*, unitários, ou não, conforme as espécies.

No litisconsórcio passivo necessário, têm de ser chamados todos os condôminos. A sorte processual é a mesma, se bem que nem sempre tenha de ser a mesma sorte de direito material. A resolução final, a sentença apanha a todos os consortes, é comum a todos; porém casos há em que a sorte material (o que se decide) não é a mesma. Não há a exigência da *unitariedade* da prestação

jurisdicional.

No litisconsórcio passivo unitário, a sentença tem de ser uniforme: o juiz não pode.dar sorte diferente no plano do direito material às partes litisconsorciadas. É o de que trata o art. 47 do Código de Processo Civil, *verbis* "decidir a lide de modo uniforme". Todo litisconsórcio necessário unitário é litisconsórcio de oficio: no Código de Processo Civil, todo litisconsórcio unitário cabe no art. 47, parágrafo único, *verbis* "o juiz ordenará".

O condomínio é caso típico não o mais típico de comunhão de interesses: o interesse é um só; e há pluralidade subjetiva. Isso não quer dizer que o art. 1º da Lei 008.952, de 13.12.94, alterou o art. 10: "O cônjuge somente necessitará do consentimento do outro para propor ações que versem sobre direitos reais imobiliários". Veja-se a nota de atualização ao dispositivo, na 4 cd. do tomo 1. que não apareçam casos em que o litisconsórcio passivo dos condôminos não tenha outra fonte (conexão de causas; afinidade de questões, motivada pela existência de assunto comum de direito ou de fato, como se o condômino A foi condenado na primeira ou superior instância pela prática de ato que o condômino B também praticou).

Se a fonte do litisconsórcio passivo é a comunhão de direito ou de obrigação, os condôminos não podem afastá-lo (Código de Processo Civil, arts. 46, 1 e 47). A cumulação subjetiva exclui, aí, a independência entre as partes. No entanto, a regra é que as cumulações subjetivas se possam operar, continuando as partes independentes entre si (Código de Processo Civil, art. 292). No caso dos condôminos, em relação à coisa comum, é tal a situação da mesma *sorte,* que perdem as partes a independência que teriam na cumulação subjetiva simples. E então preciso que a resolução final seja *comum.* Para isso, a atividade de cada um dos litisconsortes influi sobre o processo do outro, ou dos outros, de modo que a prova feita por um é como se tivesse sido produzida por todos os restantes. Se um deles nada fez, ao ter de provar a demanda, nem por isso deixa de aproveitar a sentença que se profira. Em todo caso, o fato admitido somente por um, ou a pretensão do adversário que somente um reconheceu, apenas se tem por firme quando os outros litisconsortes a discutem. Tampouco vincula aos outros a confissão, ou o reconhecimento de um só deles, sem que qualquer desses fatos parciais possa ser excluído na convicção final do juiz. No caso de um dos condôminos ser revel, a revelia não o prejudica e a sentença favorável lhe aproveita tanto quanto aos outros. Tratando-se de litisconsórcio necessário, o

autor ou autores têm de diligenciar para que todos os litisconsortes os condôminos estejam presentes na relação jurídica processual, mantendo-se, no plano do processo, a co-presença existente no direito material. A comunhão de direito material plasma, então, a com-sorte processual.

Algumas vezes, o litisconsórcio passivo dos condôminos é unitário. Quer dizer: a questão, a *res in iudicium deducta*, tem de ser resolvida de modo uniforme. Exemplo: na ação confessória de servidão predial contra o prédio comum, pois só a sentença tem de ser uniforme ou "uma" para todos os condôminos. Se um ou alguns deles são revéis, podem intervir nos atos ulteriores, independentemente de nova citação.

*(a)* Se há litisconsórcio necessário, porém não unitário, *a)* o condômino litisconsorte revel, ou o que tiver perdido algum prazo, não é tratado com especialidade, porque aí é unitário; quer dizer: o comparecente posterior pode impugnar atos anteriores; *b)* o condômino litisconsorte pode impedir prejuízos oriundos do ato processual do outro ou dos outros; *c)* o condômino,

em virtude de *b)*, tem liberdade para contestar a confissão, opor-se à desistência e à transação, bem como a qualquer atitude de conformidade, expressa ou não.

*(b)* Se há litisconsórcio unitário, *a)* a intimação da sentença favorável aos condôminos litisconsortes tem eficácia *a favor* de todos os outros; *b)* a intimação da sentença favorável aos condôminos litisconsortes, promovida pela parte contrária, contra um só, seguida de trânsito em julgado quanto a esse, tem eficácia a favor de todos; *c)* se a sentença é favorável ao demandante adverso, têm de ser citados todos os condôminos e é preciso extinguirem-se todos os prazos (James Goldschmidt, *Der Prozess ais Rechtslage,* 534); *d)* a extinção do processo quanto a um dos condôminos opera quanto aos outros (cf. Konrad Hellwig, *System,* 1, § 123, IV, n0 2, e nota 9); *e)* os condôminos revéis e os que perderam prazo são beneficiados pela presença dos outros;J) o juiz deve mandar *integrar* a contestação, citado o condômino que o não foi.

Cada condômino tem sempre direito a promover os atos de processo.

7.Os comuneiros de edifícios de apartamentos nas relações com terceiros Cada comuneiro é pessoa, e não se trata a assembléia como se fosse sociedade. A deliberação por maioria resulta da lei e limita-se aos casos em que a lei permite

que a decisão por maioria vincule os comuneiros não-presentes ou discordantes. Em juízo, são litisconsortes em tudo quanto se refere às partes indivisas; não, porém, quanto ao que só é atinente ao diviso. Não há, no direito brasileiro, nenhuma limitação legal que force os comuneiros a se representarem por procurador único em juízo, nem a constituírem procurador judicial, ou a conferirem poderes de representação judicial ao administrador. O art. 80 da Lei n0 5.481, de 25 de junho de 1928 apenas fez nascer a cada comuneiro a pretensão a que haja administrador, comuneiro ou não, se os comuneiros, em sua unanimidade, não resolveram eles mesmos administrar o edifício A responsabilidade pelos atos do administrador, dentro dos seus poderes, é de todos os comuneiros. É solidária, por se tratar de negócio jurídico comum, a responsabilidade perante o administrador com procuração; porém não perante as pessoas com quem o administrador tratou: perante essas, cada um dos comuneiros somente responde por sua cota, salvo se do instrumento da nomeação, ou de outro documento, unanimemente assinado, consta a solidariedade. A afirmativa de Carlos Maximiliano *(Condomínio,* 270) de que se presume solidariedade geral é sem base em nosso direito. Nem o direito vigente nem a tradição do direito brasileiro permitem que se afirme isso. Os comuneiros são responsáveis solidariamente perante terceiros, se a lei o impõe, ou se resultou da vontade das partes. Não se presume isso. Cp. Teixeira de Freitas *(Esboço,* art. 3.004) e M. 1. Carvalho de Mendonça *(Contratos,* 1, 245).

O administrador do edifício não recebe citações que devam ser feitas a algum, ou a alguns, ou a todos os comuneiros.

Para que ele represente, judicialmente, todos os comuneiros, como para que represente um deles, ou alguns, é preciso que tenha poderes expressos para isso. Se todos os comuneiros estão ausentes, então sim: a citação pode ser feita na sua pessoa, tratando-se de ação que derive de atos por ele praticados (art. 215, § jO)• Se algum dos comuneiros locou o apartamento, ou alguns apartamentos, ou algum locador sublocou o seu, e se ausenta do Brasil, sem comunicar ao locatário que deixou na localidade procurador com poderes para receber citação, ou notificações concernentes à locação, a citação ou notificação pode ser feita na pessoa do administrador (art. 215, § 20). Para a citação com hora certa (art. 227), “vizinho” é o que habita outro apartamento do mesmo andar, ou do mesmo prédio, se nenhum dos habitantes do mesmo andar está presente. O administrador, que habita no mesmo prédio, é a pessoa mais indicada como

vizinho. (É preciso terem os interessados muito cuidado com o que estão a escrever, sobre a representação judicial pelo administrador, escritores que apenas copiam, sem pensar, livros estrangeiros).

O administrador tem legitimação ativa nas ações possessórias, mas isso nada tem a ver com a representação dos comuneiros. Ele, por si só, épossuidor mediato intercalar (posse mediata não-própria); e a sua posse mediata é posse como qualquer outra. Não tem ele, porém, posse, mesmo mediata, de administrador sobre o diviso; só a tem sobre o indiviso. Ainda que more no edifício, caso em que tem ele duas posses: a posse mediata intercalar de administrador sobre o indiviso; e a posse imediata de locatário, de comodatário, ou "locatário-empregado" (aluguel compreendido no ordenado).

Se algum dos comuneiros, ausentando-se, lhe entrega as chaves do apartamento, como função de administrador, a posse mediata de administrador estende-se, como posse imediata, ao apartamento, ao diviso; se apenas o faz como serviço obsequial de administrador, que poderia recusar-lhe, então é ele, apenas, servidor da posse do comuneiro dono ou locador do apartamento.

Quando o administrador vai contra terceiros porque ameaçam a administração da coisa comum, ou lhe impedem o exercício de suas funções, não

está a representar: a ação é dele, e não dos comuneiros. Se lhe foi conferida posse mediata (entre a mediata própria dos comuneiros e a imediata dos habitantes do prédio), defende a posse. Defende a posse imediata do escritório e residência de administrador, se há. Para exercer ações que ameacem a administração da coisa comum, ou o exercício das suas funções, tem legitimação, ainda que cautelares as ações. Não tem, de regra, as ações petitórias e possessórias dos comuneiros. A unanimidade pode dar-lhe legitimação, ou a maioria, se a unanimidade assim lhe atribuiu tal deliberação. Qualquer cláusula sobre deliberação, se válida, só tem eficácia contra terceiros se registrada.

Representação passiva em juízo só a tem quanto aos atos que concernem à administração, *e.g.*, se alguém entende que abusou dos poderes de administração.

No caso de lides judiciais, o comuneiro dissidente da maioria pode ressalvar a sua responsabilidade, fugindo à eficácia desfavorável do litisconsórcio

necessário. Se a decisão é favorável, os outros comuneiros têm ação para reembolso da cota nas despesas e custas, inclusive honorários de advogado. O momento para a ressalva é o da citação, ou o em que vão a juízo os comuneiros. Tal solução se impõe porque a lide pode interessar àsua *pars dominica,* ou à sua *pars possessionis.* A extremidade à lide pode ser anterior ou posterior a ela, devendo-se falar, nas duas espécies, de anteextraneização e de pós-extraneização. Tratando-se de atos que somente dependeriam da deliberação da maioria, ou das funções do administrador, não se pode extraneizar o comuneiro. Se o comuneiro só tem notícia do pleito depois da sentença, a sentença é ineficaz para ele, pois devia ter sido citado, ou devia ter-se integrado o litisconsórcio ativo.

O regulamento não pode vedar a extraneização. Pode vedá-la a unanimidade.

8.Regras jurídicas gerais às comunhões Os credores do condômino podem apresentar-se ~‘omo assistentes litisconsorciais (Código de Processo Civil, art. 54), se a sentença, que se vai proferir, pode influir na relação jurídica entre eles e o condômino devedor. Tal assistência não éestranha as operações divisionais, ou de indenização, porque pode haver fraude contra eles, como se o condômino aceita preço baixo do valor da cota. Tal assistência os legitima à ação de rescisão da sentença que se profira; e justifica-se, justamente porque, proferida e trânsita em julgado, a ilegalidade ou a injustiça seria irreparável.

Os sucessores singulares dos condôminos são partes, se houve transcrição da transferência. Os sucessores a causa de morte são-no por força do princípio da saisina. O cessionário da cota hereditária não é co-herdeiro e precisa da transcrição da cessão. Antes da transcrição, é o herdeiro quem há de figurar. Também há de figurar se só cedeu parte da cota hereditária, ainda que se tenha dado a transcrição. Se o herdeiro cedeu parte na casa que lhe vai ser partilhada, a cessão é de direito a coisa ainda não totalmente do cedente: o herdeiro é que é comuneiro; o cessionário, não. Não é parte; pode ser assistente litisconsorcial (art. 54).

Os que adquiriram direito real limitado sobre a coisa comum *(e.g.*, usufruto) são sucessores dos condôminos, ou o condomínio já se constituíra detracto o usufruto, o uso ou a habilitação, ou a renda constituída sobre o imóvel. Tal titular de direito real limitado pode ser assistente, não é litisconsorte necessário, como seria o titular de direito sobre a cota.

O locatário de cota é litisconsorte, porque a divisão não divide só a propriedade, divide a posse. É litisconsorte voluntário, no sentido do art. 44 do Código de Processo Civil,’2 não indispensável, mas irrecusável.

O credor com direito hipotecário, como o credor com direito pignoratício, é litisconsorte necessário, se bem que não tenham o uso da coisa hipotecada. Se o credor com direito hipotecário não foi chamado, a divisão é, para ele, ineficaz.

Enquanto a divisão não termina, os litisconsortes e os assistentes podem comparecer. Os princípios que regem a validade do processo e a eficácia das decisões pertencem ao direito processual.

A litisconsorciação é inscritível, bem assim a assistência, de acordo com a lei especial sobre registros públicos. Só é eficaz a inscrição antes de ser transcrito o negócio jurídico de cessação da comunhão, ou do trânsito em julgado da sentença; depois do trânsito em julgado da sentença entre as partes, o litiscon sorte pode recorrer, ou, se não foi intimado da sentença, exercer a *ação deciaratória de ineficácia relativa,* porque, para ele, não teve efeito de coisa julgada a sentença. É preciso evitarem-se soluções que só dizem respeito a outros sistemas jurídicos.

Se algum credor inscreveu o seu crédito com direito hipotecário antes de ter sido transcrito o negócio jurídico de divisão, ou a sentença de cessação da comunhão, a sentença não é nula, por ter sido intempestiva a transcrição, mas é sem eficácia real no tocante ao crédito com direito hipotecário antes inscrito. Diga-se o mesmo a respeito de outros direitos reais. Há ineficácia relativa (cf. *Tratado de Direito Privado,* tomos IV, § 373, e V, § 352; cf.

12 A referência será ao art. 46, já que o art. 44 não trata de litisconsórcio.

Giovanni Pavanini, *Ii Litisconsorzio nei Giudizi Divisori,* 139; Eugenio Minoli, *Contributo alia Teoria dei Giudizio Divisorio,* 139). Impõe-se nova divisão, que se faz a expensas das partes, e não do que reclama contra a sentença, pois esse somente paga o que concerne à sua reclamação, em si mesma.

O administrador que recebe a citação segundo o art. 215, § 1~ e o § 20, do Código de Processo Civil, tem o dever de comunicar aos comuneiros, de per si, ou à assembléia reunida, ou ao comuneiro ou comuneiros citados o que ocorreu.

Se o não cumpre, responde aos que tinham pretensão a ser avisados; porém as consequências da sua falta são somente nas relações entre comuneiros e administrador. Nas relações entre o que pediu a citação e o citado, ou citados, tudo se passa como se a comunicação tivesse sido efetuada; e a lei, em verdade, desinteressa-se dessa comunicação de fato.

Quanto aos *atos de administração,* segundo a definição técnica de atos de administração, com as alterações que a vontade unânime tenha feito, incluindo nas funções da administração atos que materialmente não cabem na classe dos atos de administração, ou excluindo atos que são materialmente atos de administração o administrador representa extrajudicialmente, não judicialmente os comuneiros. Por exemplo, se lhe cobram conta de limpeza dos corredores, ou pintura, que ele podia ordenar, não está ele a representar os comuneiros~ está a defender-se a si mesmo, porque o ato foi seu. A representação judicial dos comuneiros pelo administrador isto é, nos casos de administrador procurador dos comuneiros em juízo somente pode ocorrer se há *procuração judicial*, ou se os comuneiros fizeram sociedade e o administrador é administrador da pessoa jurídica.

Se a causa tem por objeto as partes indivisas, ou parte indivisa, os comuneiros todos são legitimados ativa e passivamente em juízo. Dá-se *litisconsórcio necessário ativo* ou *passivo,* que as partes mesmas não podem afastar, por *ser necessário.* De regra, é unitário tal litisconsórcio: a sentença tem de resolver de modo uniforme, para todos, a questão; e os revéis, ou que tiverem perdido algum prazo, terão a mesma sorte que os outros (art. 47). O que o comparecente fez prejudica ou aproveita ao revel ou revéis. Se um dos litisconsortes é ativo, durante o prazo fixado para todos a sua atividade serve a ele e aos demais. Se todos foram intimados da sentença e só um recorreu, a todos aproveita ou prejudica o recurso. É como se o recurso tivesse sido interposto por todos. Só há verdadeira revelia ou melhor, contumácia quando todos são contumazes.

DO LITISCONSÓRCIO E DA ASSISTENCIA

Inspirado em A. Visco, monografista italiano, Carlos Maximiliano *(Condomínio,* 271) escreveu: “Se não há administrador, o juiz designa um dos condôminos para representar o todo, na lide contra este iniciada”. Já fora erro atribuir ao administrador poder de representação judicial; agora, a idéia da escolha do comuneiro que deva representar os demais é fora de qualquer fundamento

jurídico. Nem há texto que pudesse invocar, nem princípio de direito. O que se dá em caso de revelia é por força da lei processual, atendendo-se à unitariedade do litisconsórcio.

Os comuneiros revéis podem entrar no processo quando queiram. A eles dispensa a lei a nova citação. Nenhum deles pode sofrer, sozinho, extinção do processo.

A intimação da sentença, promovida pelo litisconsorte, tem eficácia a favor de todos os outros. A intimação da sentença favorável aos comuneiros, promovida pela parte contrária, contra um só, seguida de trânsito emjulgado contra esse, tem eficácia a favor de todos. Se a sentença é favorável ao demandante contrário, têm de ser citados todos os comuneiros e é preciso extinguirem-se todos os prazos (cf. James Goldschmnidt, *Der Prozess als Rechslage,* 534).

A extinção do processo quanto a um dos comuneiros opera quanto aos outros (Konrad Hellwig, *System,* 1, § 123, IV, n0 2, e nota 9, a quem se deve a distinção entre a extinção do processo no litisconsórcio unitário e a extinção do processo no litisconsórcio simples).

A representação pelo administrador, *se há,* é dos comuneiros, em unanimidade, e não da comunhão, que não é pessoa jurídica. Não importa se, para o outro, houve dissidente na votação. O ato que exceda a administração ou a representação explícita ou implícita é *ineficaz.* Pode ser retificado.

9.Integração da contestação, no litisconsórcio unitário O juiz ordena a citação de terceiros para integrarem a contestação quando o litisconsórcio é *unitário.* Não há dúvida quanto a esse ponto. Resta saber se lhe cabe fazer o mesmo, tratando-se de litisconsórcio necessário *não unitário.* O elemento que se tinha para interpretação do então art.

91 (hoje, art. 47) é só a 2~ parte do art. 88, que dizia: no caso de litisconsórcio fundado na conexão de causas, que é litisconsórcio voluntário próprio, as partes “não poderão recusá-lo, quando requerido por qualquer delas”. A expressão “necessário”, que aparecia no art. 91, não se referia à espécie do litisconsórcio, ao litisconsórcio necessário; estava por “se julgar indispensável”. A inovação fora grande. No direito anterior, não tinha o juiz tal *in ius vocatio* de terceiros, de ofício. Ainda quando se tratasse de litisconsórcio necessário, havia de esperar o

momento de proferir a sentença e, examinando os autos,decretar a nulidade do feito. Não há dúvida que se desperdiçavam tempo, esforço e dinheiro. Com a medida do art. 91, ficava o juiz armado de poder controlador e integrador do processo, posto que somente quanto ao contraditório, seguindo as pegadas da sua fonte, que foi o Projeto preliminar de Código de Processo Civil da Itália, art. 14, última alínea, quase conservado na íntegra pelo Projeto definitivo, ad. 18. O seu poder de intervenção de ofício para chamar ao processo o réu que falta, não se restringia ao litisconsórcio necessário.

Apanhava o litisconsórcio fundado na conexão de causas. Evitemos crer que pudesse ir até ao litisconsórcio voluntário impróprio. Ainda assim, dizíamos então, é recomendável muita prudência do juiz no determinar a integração da contestação em caso de litisconsórcio fundado na conexão de causas. Tem ele de pesar o interesse da integração e, do outro lado da balança, a sua medida violenta de absolver o réu da instância se a parte interessada não promove a citação no prazo marcado. Exemplos de litisconsórcio unitário: na demanda de nulidade de testamento, na demanda de hipoteca sobre bem comum, na demanda em que está a sociedade irregular; não na demanda contra devedores solidários, nem na demanda contra devedor, se o fiador é solidário (Rudolf Pollak, *Systein*, 200). (No sentido do que escrevemos a referência ao texto, o Tribunal Federal de Recursos, a 18 de novembro de 1948, *D. da J.*, de 7 de março de 1951).

Mas evitemos crer que todo litisconsórcio necessário é litisconsórcio unitário, isto é, que toda comunhão de direitos ou obrigações obrigue ao• tratamento unitário. Por outro lado, não são muitos os casos de litisconsórcio pela conexão que são unitários. A unidade somente ocorre quando a lei trata a todos os litisconsortes como um só. Então, o processo tem de ser tido como uno, assim formal com materialmente (Rudolf PoLlak, *System*, 200 contra Hans Walsmann, *Die streitgenõssische Nebenintervention,* 93). Mas há, no direito brasileiro, exceções: as dos arts. 29 e 18.

Se o litisconsórcio é necessário, *e.g.*, na ação contra co-fiadores solidários (2~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, *R. F.*, 90, 772), tem-se dito que, se não houve citação de todos os interessados, é nulo *ab initio* o processo (2~ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, *R. dos T.*, 138,236). Compete ao juiz, despachando a petição, ordenar a citação do litisconsorte necessário, ativo ou passivo (art. 47, parágrafo único). Se não o faz, ainda pode fazê-lo se há tempo de se salvar o processo.

O julgamento estava visceralmente errado. Os juizes não entenderam o art. 47 (antes, 90), que foi tirado da Ordenação alemã, § 62, e da Ordenação austríaca, § 14 aliás regra jurídica completa, no texto brasileiro, e não de arbítrio. Não entendendo o art. 47, desconhecem a distinção científica, que esse artigo implica, entre litisconsórcio *unitário (einheitliche Genossenschaft)* e litisconsórcio *necessário (notwendige Genossenschaft).* Ora, na ação contra co-fiadores solidários o litisconsórcio pode ser necessário (excepcionalmente; de ordinário, é facultativo impróprio), porém não *unitário* (RudolfPollak, *System,* 200): pode ser resolvida de modo não-uniforme a questão sobre a relação de direito material. O art. 47, parágrafo único, é inaplicável.

Na Ordenação processual civil alemã (1877), § 62, diz-se que, se a relação jurídica litigiosa somente pode ser apreciada quanto a todos os litigantes, ou se o litisconsórcio for, por outro fundamento, necessário, se tem com representados os litisconsortes que foram omissos no termo ou no prazo pelos litisconsortes que não foram omissos.

(Advirta-se que *"nur einheitlichenfestgestellt werden"* não pode ser traduzido como se dissesse "somente se uniformemente puder ser declarada". *Feststellen* não é "declarar": abrange declarar, constituir (ou desconstituir), ou condenar, ou mandar, ou executar). Na Ordenação processual civil austríaca, § 14 (1895) estatui-se que, se a eficácia da sentença da relação jurídica litigiosa, ou por preceito legal, se estende a todos os litisconsortes, formam eles uma parte única. Sendo omissos alguns litisconsortes, também a eles se estende a eficácia dos atos processuais dos litisconsortes atuantes.

Não basta que a sentença possa alcançar outras pessoas para que se repute haver litisconsórcio *(e.g.,* ações dos credores concursais contra a massa, ações de diversas pessoas relativas à nulidade de um casamento, ou a revogação de alguma declaração de morte).

Se alguém propõe ação de nulidade do negócio jurídico, por ser dirigido a pessoas que a ele se liguem (quase sempre promessa ao público), a propositura não faz necessário o litisconsórcio passivo, e a sentença que foi proferida na ação de algum dos aceitantes da oferta apenas pode ser *invocada* na ação proposta por algum dos outros. O litisconsórcio que pode ocorrer é voluntário, e não necessário. É provável que se tenha de considerar uniforme o julgamento, se

se tratar, portanto, de litisconsórcio necessário unitário. A uniformidade do julgamento, no litisconsórcio necessário, é princípio que se refere à *mesma* relação jurídica de direito material e à mesma relação jurídica de direito processual.

Se não há litisconsórcio necessário, a uniformidade é hipotética, porque, se não se compõe o litisconsórcio, a sentença em um dos processos pode ser distinta da sentença de outro ou de outros, ou mesmo discreparem entre si todas elas.

Daí a conveniência de se estabelecer o litisconsórcio voluntário.

Para que haja unitariedade não é pressuposto essencial haver litisconsórcio necessário. O próprio fato de ter havido litisconsórcio necessário *(e.g.,* em virtude de lei) não gera uniformidade da sentença.

No art. 47 diz-se que há litisconsórcio necessário quando o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes. A redação foi má, pelos equívocos que gera. Não só é necessário o litisconsórcio quando a sentença há de ser uniforme, nem o fato de ser uniforme a sentença faz necessário o litisconsórcio. O Código de 1939, art. 90, não dizia o que se pôs no art. 47. Proveio do Anteprojeto, art. 56. No Anteprojeto, o art. 55 apontava as espécies de litisconsórcio. O que importa é saber-se que os dois institutos são autônomos, o unitário e o necessário .

Cientificamente, impor-se a necessariedade (indispensabilidade) do litisconsórcio não significa impor-se a uniformidade; nem a unitariedade (uniformidade) leva quase sempre à necessariedade. Temos de interpretar o art. 47

sem que infrinja a realidade, os fatos. A ação proposta por um sócio ou alguns sócios contra a sociedade por ser nula a decisão da assembléia, não implica em ser necessário o litisconsórcio, posto que a eficácia da sentença seja para todos e uniforme.

Na espécie do art. 46, II (sobre direitos e obrigações derivados do mesmo fundamento de fato ou de direito), o litisconsórcio é facultativo. Pelo fato de serem locatário duas ou mais pessoas, sendo as locações em diferentes apartamentos, não há litisconsorcialidade, salvo se o fato ou o direito que alegam

como fundamento é o mesmo (por exemplo, a ação de despejo contra eles baseia-se em ter-se de demolir o prédio por ter havido invasão de água ou outro acidente que obrigue à demolição). Aí a necessariedade ressalta.

Se houve ato ilícito praticado por duas ou mais pessoas, há litisconsórcio necessário, uma vez que o ato ou os atos foram de todos. Se duas ou mais pessoas compraram o mesmo terreno, que depois dividiram, a ação para que se decrete a invalidade da escritura e da transcrição, mesmo que já se tenham feito as transcrições das partes divisas, há litisconsórcio necessário. Quase sempre, o pedido de invalidação é unitário.

Se algum das pessoas citadas como litisconsorte, ativo ou passivo, entende que não pode ser autor nem réu, o assunto é para recurso, em que peça a exclusão.

Na ação de prestação de contas (art. 915) há dois períodos, um em que se cita o réu para prestar as contas ou defender-se, e outro em que, apresentadas as contas pelo réu, ou pelo autor (art. 915, § lo), já se discutem as contas, e não a obrigação de prestar. Somente no primeiro período pode o juiz usar do que lhe confere o art. 47, parágrafo único (Conselho de Justiça do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 20 de dezembro de 1940, *A. J.*, 57, 26; *D.*, VII, 275), salvo se só a apresentação das contas mostra o litisconsórcio. Se a citação do terceiro para integrar a lide foi requerida, por uma das partes, essa é que há de interessar-se pela integração, razão por que não se lhe ha de defenr o pedido de devolução do processo (2~ Turma do Supremo Tribunal Federal, 28 de fevereiro de 1967, *R.T de S.T.F.*, 40, 772-775).

10.Litisconsórcio necessário e extinção do processo A devolução do processo, decretável de oficio, em tal caso, que escapa ao art. 267, não se justifica, quando o litisconsórcio é necessário e passivo, salvo se todos os presentes incorrem na cominação. Raramente cabe ao juiz sacrificar o processo, absolvendo da instância o réu, em se tratando de litisconsórcio fundado na conexão de causas, se não se chega à unitariedade. Tenha o juiz em vista que a regra jurídica do art. 47, parágrafo único, tenta evitar nulidades de processos, sanando, desde logo, a falta, pela citação do terceiro a quem irá atingir, a sentença ou em cuja esfera jurídica influirá. Essa extinção do processo não tem o caráter de penalidade como a que se regula no art. 267. E simples medida para evitar mal maior, ficando a mais de a meio caminho entre o pronunciamento da nulidade e a sanação. Note-se ainda que se está fazendo de litisconsórcio unitário.

iNão basta ser necessário o litisconsórcio! O parágrafo único depende do art. 47.

11.“Exceptio plurium litisconsortium” Frise-se: *a exceptio piunum consortium* é de direito material; não existia tal exceção no direito processual (Rudolf Pollak, *System,* 19.7). O Código de 1939 volveu *à* adcitação do direito comum.

O demandante não podia obrigar outrem a demandar. O princípio era o de que “só é parte quem quer”. A própria denunciação da lide (arts. 70-76) não chega a merecer o nome: é convite, ainda que a não comparência tenha efeitos.

Assim, hoje, o autor ou o réu pode pedir a citação; o juiz pode ordenar, de ofício, a adcitação. Os juizes têm de estar atentos à imensa transformação. Exceção *plurium consortium,* no direito processual, e de oficio.

12. Declaração de ofício A declaração da extinção do processo, no caso do art. 47, parágrafo único, independe de requerimento do réu e do prazo de quarenta e oito horas a que se refere o art. 267, § 10. Se o autor executa a ordem do juiz, depois de expirar o prazo do art. 47, parágrafo único, e antes da declaração da extinção do processo, sana-se ovicio.

13.Sentença concernente à ação em que ocorreu litisconsórcio necessário unitário A sentença, se a espécie de ação é a do art. 47 e parágrafo único, tem de ser, se favorável aos litisconsortes ativos, uniforme. O art. 47 e o parágrafo único somente se interessam pelo litisconsórcio necessário unitário, quando a uniformidade resulta da relação jurídica, quer de alguma regra jurídica, quer de algum negócio jurídico. Pode acontecer que a sentença negue a algum dos autores ou dos réus a legitimação, mas, aí, o assunto é anterior ao julgamento do mérito.

14. Eficácia sentencial Diante da necessidade da litisconsorciação, têm de ser citados os que se consideram litisconsortes ativos, ou, se litisconsorciados têm de ser todos os autores, a sua participação é inafastável. A ação há de ser proposta por todos os que têm de participar da relação jurídica processual, em virtude de sua situação dentro do direito material; ou *(ou* e) por todos os que têm de ser passivamente litisconsorciados. Não há eficácia da sentença se a sentença não apanhou todos os litisconsortes ativos ou *(ou* e) passivos, quer estejam na relação jurídica processual quer nela não entraram.

Se a sentença transita em julgado, o remédio jurídico processual, que temo interessado em que se afaste a falta de litisconsorciação, somente pode ser o da *ação rescisória da sentença,* fundada em ter havido infração das regras jurídicas do art. 47 e parágrafo único (cf. art. 485, V). Dá-se isso mesmo se não foi invocado o art. 47 e o parágrafo único, porque o autor da ação rescisória pode não ter sido citado, ou ter sido posto fora do processo.

Se o litisconsórcio é necessário, compreende-se que se tenham de citar todos os litisconsortes, dentro do prazo que o juiz assinar. Aí está suposto que se haja iniciado o litisconsórcio; mas, se só um dos interessados propôs a ação ou só uma pessoa foi citada, há dever do juiz de tomar a providência do art. 47, parágrafo único. Não só se fala de citação dos interessados ativos, mas dos ativos e dos passivos. A obrigação é do autor; se ele não a cumpriu, o juiz ordena as citações, para que se insiram na relação jurídica processual os outros autores ou os outros réus. Pode mesmo acontecer que os litisconsórcios sejam ativos e passivos. Se o autor não cumpre o que o juiz ordena, extingue-se o processo (art.

47, parágrafo único, *infine).* Sem que tenham sido citados os que deveriam ser, não pode ojuiz julgar o mérito.

Se, por acaso, ojuiz verifica que não era necessária a citação de alguma pessoa ou a citação de algumas pessoas, não hão seu dever de ordenar que proceda à citação. Mas, ao julgar, tem de deixar claro tal ocorrência Se, a despeito de terem de ser citados, ou de algum ter de ser citado, o juiz decide,

quanto ao mérito, a sentença é ineficaz quanto às demais pessoas: não se posterga o que é necessário. Não é preciso que a decisão tenha de ser uniforme para que se repute ineficaz a sentença: havia a necessariedade; e não se falou de uniformidadeno art. 47, parágrafo único.

*Art. 48. Salvo disposição em contrário, os litisconsortes* ‘) *serão considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos2)3); os atos e omissões de um não prejudicarão nem beneficiarão os outros.*

1.Litisconsórcios necessários simples O art. 48 manda que os litisconsortes (não unitários!) sejam considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos, e os atos de um não aproveitem nem prejudiquemos demais. Salvo, está escrito na lei, “disposição em contrário”. Deixemos de lado, por

enquanto, a limitação. A parte adversa fica em frente a cada um dos litigantes como se fora sujeito distinto da relação jurídica processual. *E.g.*, a confissão de um não prejudica os outros, nem o reconhecimento pela parte contrária, de circunstância especial a um deles, aproveita aos outros. Se um deles não foi intimado e os outros o foram, recorrendo da sentença, o que não foi intimado pode, a todo tempo, recorrer. A penalidade aplicável a um por omissão não se estende aos outros, nem tem conseqüências quanto a esses outros. Quando um deles ou mesmo todos menos um abandonam a causa por mais de trinta dias, deixando de promover atos e diligências que cumpriam a todos, contra os restantes, ou restante, não pode o réu pedir a extinção do processo (art. 267, III). (Cf. Rochwin, Uber Prãjudicialitãt, *Gerichts-Zeitschr~ft,* 1914,234). O art. 48 de modo nenhum se aplica em casos de litisconsórcio unitário.

Se a ação foi fundada na Lei n0 2.681, de 7 de dezembro de 1912, que regulou a responsabilidade civil das estradas de ferro, não se pedindo apuração da responsabilidade de terceiro, não há litisconsórcio necessário (2~ Turma do Supremo Tribunal Federal, 17 de janeiro de 1950, *A. J.*, 95, 155). Nos casos do art. 15, §§ 20, ou 30, ou 40 o litisconsórcio impõe-se.

Todavia, se há competência de quem pode vir a ser responsabilizado, regressivamente, a conexão de causas é evidente (l~ Turma, 16 de junho de *1951,R.F.,* 141,147).

2.Exceções às regras jurídicas do art. 48 “Salvo disposição em contrário” significa quando outra coisa não resulte de regras de direito material ou do próprio texto do Código de Processo Civil. A regra jurídica em contrário não precisa estar em texto expresso, nem se há de exigir a aplicação ao art. 48 sem distinções inevitáveis entre as diferentes situações de direito material, que compõem as figuras da comunhão de direitos ou de obrigações, da conexão de causas, ou da afinidade de questões jurídicas ou de fato. No litisconsórcio necessário, a sentença tem de apanhar o processado como um todo, apenas distribuindo pelas partes em litisconsórcio efeitos definitivos ou definitivados, durante o processo, de atos seus, separáveis dos atos dos outros litisconsortes.

No litisconsórcio voluntário impróprio, de modo nenhum pode isso suceder. A sentença final pode ser do mesmo teor para todos. Pode ser, dissemos; não é necessário que o seja. O juiz tem de examinar um por um dos casos, mesmo porque a mesmidade do ponto de direito ou do ponto de fato nem sempre

abrange todas as circunstâncias de cada um dos incidentes da vida a que se tenta aplicar, o texto legal, ou que estão sob exame do juiz. No litisconsórcio voluntário impróprio, como em todo outro exemplar da cumulação subjetiva simples, se um dos litisconsortes, contra o qual se proferiu a sentença, não recorreu, tendo os outros recorrido, a despeito da intimação geral que se fez, é de entender-se que tal litisconsorte se conformou com a sentença. Em verdade, no caso de litisconsórcio voluntário impróprio, o que se dá é que há muitas sentenças num só documento. (Transcrevemos os trechos acima e decisão da 1a Vara Civil da Capital de São Paulo, a 3 de outubro de 1951, *D.J.* a 4 de outubro).

Os litisconsortes são considerados em suas relações com o adversário como litigantes distintos, "salvo disposição em contrário". Onde há tal ressalva ou onde estão as ressalvas? No art. 47, evidentemente: não se poderia chegar ao absurdo de se considerar afastada a uniformidade do julgado no litisconsórcio necessário e unitário, se os atos ou as omissões de um prejudicassem ou beneficiassem outros. Se um ou alguns dos litisconSortes passivos, no litisconsórcio necessário e unitário revelam a improcedência do pedido, a todos eles isso aproveita. Se um dos litisconsortes ativos, no litisconsórcio necessário e unitário, prova o que foi pedido, tal prova a todos aproveita. Dá-se o mesmo se a prova contra a pretensão foi feita por um dos litisconsortes ativos: a prova é contra ele e contra os outros, devido à uniformidade da decisão da lide (art. 47). A unitariedade tinha de produzir a interdependência. Pense-se no recurso interposto só por um ou por alguns dos litisconsortes necessário unitários: a decisão atinge, quer favorável quer desfavorável, todos os outros.

Passemos a espécies fora do art. 47, que concernem ao litisconsórcio necessário unitário. Se há pluralidade de réus, mesmo se não é necessário o litisconsórcio, a revelia não produz o efeito de se reputarem verdadeiros os fatos afirmados pelo autor, se algum dos réus contesta a ação (art. 320, 1). O recurso interposto por um dos litigantes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos os seus interesses (art. 509). A confissão judicial faz prova contra o confitente; porém não prejudica os litisconsortes (art. 350). No art. 48 diz-se que os atos e as omissões de um dos litisconsortes não prejudicam, nem beneficiam os outros. Pergunta-se: no litisconsórcio unitário, sempre os atos prejudiciais de um dos litisconsortes não atingem os outros; j,e os atos benéficos? Temos de distinguir a eficácia dos atos e omissões, que levam a consequências processuais, e tudo que é assunto para a decisão final que, *ex hypothesi,* é uniforme. Se um dos litigantes

diz, por exemplo, que assinou a retificação, ou acréscimo coletiva do contrato, e outros dizem que não houve tal retificação ou acréscimo, o assunto é de pesquisa probatória, e o que importa é a verdade.

Seria incabível a invocação do art. 48.

No art. 48 diz-se que os litisconsortes são considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos, e os atos e as omissões de um não prejudicam nem beneficiam os outros. Isso não significa que do ato ou da omissão não possa resultar prova a favor da parte contrária.

3.Litisconsórcios forçados Não havia litisconsórcio *ipso jure.* Não se podia obrigar a outrem litisconsorciar-se. Nem à parte autora, ou à parte ré, era dado pedir ao juiz que chamasse alguém para ser parte. Depois, o Código de 1939

rompeu com esse princípio, antes assente, criando casos de litisconsortesforçados. Veja o art. 47 e parágrafo único.

A 2~ Turma do Supremo Tribunal Federal, a 15 de janeiro de 1952 *(D. da J.*, de 14 de dezembro de 1953), desatendeu a pedido de litisconsórcio no grau de recurso extraordinário. Tal negativa, sem fundamentação, é contra os princípios.

O limite é o encontrar-se em pauta o processo para julgamento. Basta pensar-se em que pode o próprio relator, devido à questão de direito, ter verificado a existência de litisconsórcio necessário ou voluntário.

*Art. 49. Cada litisconsorte tem o direito de promover') o andamento do processo e todos devem ser intimados* 2) *dos respectivos atos*

1.Promoção dos atos processuais pelos litisconsortes O art. 49 concerne a qualquer espécie de litisconsórcio, necessário, voluntário próprio e voluntário impróprio, mas os atos a que alude são apenas os atos de impulso do processo, isto é, aqueles atos com que a parte dá andamento ao feito. Tal direito de ativar a causa, qualquer dos litisconsortes pode exercer. Os efeitos de tal impulso processual beneficiam a todos os demais litisconsortes, quando partido de um só. Principalmente as intimações, as citações e as notificações entram no âmbito dessa solidariedade excepcional da atividade dos litisconsortes. O fundamento da regra jurídica está em que é do interesse de todos os litisconsortes que a causa

caminhe. Quando o litisconsorte faz citar a parte contrária, cita-a em nome de todos os outros litisconsortes. Se esses outros ignorassem o ato de impulso que o companheiro praticou, perderiam de vista o ponto em que se acha a causa. Foi para isso que se concebeu a necessidade de serem citados os colitigantes. Passa-se o mesmo quando intima a parte contrária.

O princípio da livre promoção no andamento do processo, que alguns chamam, erradamente, princípio da liberdade dos litisconsortes, apenas concerne à prática ou omissão de atos processuais, a tudo que seja de interesse para se chegar à obtenção da prestação jurisdicional. No art. 49 não só há referência à livre promoção no andamento do processo ate que ele se extinga; há o dever de serem todos os demais litisconsortes intimados dos atos. Livre promoção é *direito.* A comunicação dos atos processuais e das próprias omissões do litisconsorte é *dever* dele, perante os demais. Tal comunicação só se dispensa quanto aos que praticaram juntos o mesmo ato.

A comunicação há de ser feita aos procuradores dos outros litisconsortes, exceto se foi um só que por eles funcionou, ou quanto aos litisconsortes que representou. Pense-se no art. 298, onde se diz que, quando forem citados para a ação vários réus, o prazo para responderem é prazo comum; mas, no art. 191, ao supor-se que sejam diferentes os procuradores dos litisconsortes, o prazo para contestação, ou recurso, bem como, em geral, para falarem nos autos, é contado em dobro. Quanto a recurso, o art. 509, parágrafo único, diz que o recurso interposto por um devedor solidário aproveita aos outros quando as defesas opostas ao credor lhes forem comuns. Isso após ter-se dito que o recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos os seus interesses (art.

509). Isso de modo nenhum constitui exceção ao que se estabelece no art. 49.

Um dos princípios do litisconsórcio, quando necessário, é ser, por sugestão da relação de direito material, e não facticamente, concebido como sobre *res* comum e, às vezes, a favor da unidade do julgamento quanto a qualquer dos litisconsortes. O segundo fundamento é o do litisconsórcio unitário. O art. 49 ~ só de direito processual e só alude ao direito processual.

Se o litisconsorte se introduz na relação jurídica processual e a parte, que nela se achava, se retira, desistindo da ação ou transigindo, pode ele prosseguir se não a

acompanha. Assim, se o credor hipotecário, que protesta por preferência, em caso de penhora dos bens hipotecados, se apresenta como litisconsorte, prossegue na ação se o credor que pediu a penhora desiste da ação (5~ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 25 de abril de 1941, *R. dos T.*, 138, 733) ou transige. Dá-se o mesmo se há litisconsortes comuneiros.

2. Declaração da ciência de citação ou intimação da parte contrária Todos os litisconsortes têm de ser citados e intimados; dos atos de um deles, têm os outros de ser intimados. Quando um dos litisconsortes faz citar-se ou intimar-se a parte contrária, ~,bastará que os coligantes se dêem por cientes? Atendamos a que não se trata de relações entre litigantes de lados opostos; são colitigantes. Se eles se dão por cientes, o ato de citar ou de intimar seria inútil. A comunicação não-judicial atingiu o seu fim. Além disso, esses colitigantes não poderiam arguir a nulidade para que se fizesse a citação ou a intimação. A lei diz que, estando fixada determinada forma, sem a cominação de nulidade, o juiz deverá considerar válido o ato, se, praticado por outra forma, tiver atingido o seu fim, ou a nulidade não for arguida pelo interessado na observância da formalidade (arts. 244 e 249, §10). O art. 214 comina a pena de nulidade para as citações no começo da causa ou da execução, mas ai só se cogita da parte contrária.

3. Declarações de vontade e comunicações de conhecimento O art. 49 não abrange as *declarações de vontade,* se bem que as *comunicações de conhecimento* (arts. 282, 297-318 e 320, 1) tenham de ser incluídas (obscuros, Richard Schmidt, *Lehrbuch,* 2~ ed., 851, Hans Walsmann, *Die streitgenõssische Nebenintervention,* 209; certo, Rudolf Pollak, *System,* 201; errado, Francesco Menestrina, *L'Accessione neli' esecuzione,* 201).

Seção II

Da Assistência

*Art. 50. Pendendo ')uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro, que tiver interesse jurídico* 2) *em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo para assisti-la* 5)~

*Parágrafo único. A assistência tem lugar em qualquer dos tipos de procedimento* 3) *e em todos os graus da jurisdição; mas o assistente recebe o processo no estado em que se encontra*

1. Interesse jurídico ~,O “interesse jurídico”, a que se refere o art. 50, é o mesmo que o “interesse de agir ,o interesse”, de que fala o art. 30?. O “interesse”, de que fala o art. 30 é pressuposto da pretensão à tutela jurídica, portanto pré-processual; o “interesse jurídico”, de que no art. 50 se cogita, é processual. Temos de livrar-nos da erronia de Lodovico Mortara *(Commentario dei Codice e deile Leggi di Procedura Civile,* III, 528), que os identificava (“sono i medesimo”).

O interesse jurídico, no sentido amplo do art. 50, ou o atingimento da relação jurídica do terceiro (art. 54), é pressuposto necessário para a assistência.

Pode ocorrer que haja duas ou mais legitimações à assistência de modo que há cumulação de pedidos de assistência simples ou de assistência considerada litisconsorcial, ou de ambas.

Quanto à competência para as ações em que é autora ou ré, a União, entidade autárquica ou empresa pública federal, exceto se se trata de falência ou ação da competência da Justiça Eleitoral, ou Militar, é a dos juizes federais. Mas o mesmo se dá se a União, entidade autárquica ou empresa pública federal se apresenta como assistente ou opoente (Constituição de 1967, com a Emenda n0 1, art. 125, I).’~ Isso já se achava na Constituição de 1934, art. 81, *a).*

A autarquia refere-se à *arquia* e à *autodireção.* Nenhuma referência se faz à estabilidade ou à paraestabilidade para aí se distinguir do estatal o paraestatal. Assim, a discussão sobre ser paraestatal, ou estatal, a autarquia, é sem razão de ser; porque há a autarquia de entidades a que se atribuem poderes e serviços tipicamente estatais e autarquia de poderes e serviços que se exercem *como se* fossem estatais. Se os poderes e serviços não são necessariamente do Estado, por haver regra jurídica constitucional dispositiva a respeito, mas o Estado entende que a entidade que os tem a seu cargo pode proceder como o Estado procederia, há a paraestatalizaçáo . A definição de paraestatal como se abrangesse as entidades concessionárias de serviços públicos ou ao público seria errônea. Dar-se-ia o mesmo com a que Const. 1988, art. 109, 1, que excetua tambem as causas de acidentes de trabalho.

supusesse haver sempre o elemento essencial da coextensão territorial com o Estado. Mais ainda: a paraestatalidade não supõe menor subordinação; há o paraestatal subordinado, e o paraestatal autárquico. O que importa é

equiparabilidade ao Estado; sem se tomar Estado, porque quem equipara (de *aequiparo)* não identifica; há par, e não unidade. Se a atribuição é, constitucionalmente, do Estado, e ele fez de outra entidade a auto-atividade, há autarquia e estatalidade, a despeito do corte. Nada tem isso com a figura jurídica, nem com a distribuição interna, que se dê à entidade autárquica. Se o Estado não tirou de si atividade que há de ser sua, mas elevou a seu nível a atividade, paraestatalizou. A entidade não estatalizou, fez-se par do Estado, equiparou-se a ele. Se o Estado tirou de si funções que pela Constituição lhe incumbem, a administração vai ser mediata, com ou sem autarquia.

*Empresa pública federal* é a empresa pública ligada à União. A expressão "empresa pública" está, no art. 125, 1, da Constituição,'4 em sentido restrito, de modo que não se pode, de jeito nenhum, incluir no conceito a figura da autarquia. Com isso, o legislador constituinte repeliu a inserção das autarquias na classe das empresas públicas. A empresa pública não é, necessariamente, empresa de direito público, a despeito de todo o seu capital ser de uma ou algumas entidades estatais. O art. 125, 1, distingue, "entidade autárquica" e "empresa pública federal".'5 Preexcluídas estão, fora de qualquer dúvida, as empresas particulares de serviços *ao público.* O que se há de exigir é que se trata de empresa que o Estado criou, ou fez sua, sem a tomar autarquia. O controle da empresa pública pelo Estado, sem a estatalização ou a paraestatalização , não lhe tira a peculiaridade nem a publicidade, o que as distingue das

"concessões".

Na Constituição de 1934, além de se ressalvarem os processos de falência, dizia-se (art. 81, parágrafo único): "...e outros (processos) em que a Fazenda Nacional, embora interessada, não intervenha como autora, ré, assistente ou opoente". Não era preciso dizê-lo. Nem é preciso dizer-se que o interesse da União nos concursos de credores não-falencial é insuficiente para se estabelecer foro privativo, originário ou recursal. "Falência" está, no art. 125, 1, 2~

parte da Constituição de 1967,16 por "falência ou outro concurso de credores".

2. Litisconsórcio e assistência O terceiro ou se insere na titularidade, ativa ou passiva, de modo que, como uma das partes, se faz parte, com a mesma sorte, ou apenas para assistir, conforme o étimo que é *ad-sistere,* tão expressivo que se tem o *persistir* e o *desistir.* Fez bem o Código de 1973 em pôr nas duas seções do

Capítulo V (1, litisconsórcio; II, assistência) e no Capitulo VI as espécies de intervenção de terceiros (oposição, nomeação à autoria, denunciação da lide e chamamento ao processo). É bom que se não fale de intervenção quando se pede a litisconsorciação ou a assistência.

(Temos de advertir que o verbo "intervir", que se pôs nos arts. 50 e 51, provém do Código de 1939, art. 93, foi inadequado. O assistente não intervém. Mesmo na espécie do art. 54, que é a do assistente que se "considera" *litisconsorte,* não intervém. A Intervenção de Terceiros é assunto do Capítulo VI, onde estão a oposição, a nomeação à autoria, a denunciação da lide e o chamamento ao processo).

O art. 50 fala de "interesse jurídico". O interessado pode ter direito que da decisão na causa entre outras pessoas pode resultar-lhe prejuízo. Um dos exemplos que logo se apontavam era o do legatário no pleito entre herdeiro testamentário e herdeiro legítimo. Invocavam-se as L. 29-37, C., *de inofficioso testamento,* 3, 27 (cf. Manuel Bagna Quaresma, *Thesaurus quotidianarum Resolutionum,* Cap. 63, n0 4). Se o testador legou o que era objeto de litígio e o herdeiro prossegue na demanda, dizia-se que o legatário pode assistir para evitar algum conluio. Mas, com a transmissão pela morte, o que de regra ocorre, o legatário é parte, e não só assistente. Fora dai, sim.

Se há direito do terceiro, que não é comum ao de uma parte, ou que o interessado sustenta em ser, e não de qualquer das partes, o caso não é de assistência. Daí a precisão que tiveram, ao tempo da pluralidade, no Brasil, de direito processual, os Códigos estaduais. O Código de 1939 foi omisso, pois só se referiu, no art. 93, ao assistente equiparado a litisconsorte. O que salvou a doutrina foi a busca dos conceitos que vinham de longe.(cf. Jorge de Cabedo), *Practicarum sive Decisionum*, II, Arestos 86 e 97, §§ 13-15; Pascoal José de Meio Freire, *Institutiones Juris Civilis Lusitani,* IV, 101:

"*Adsistens,* qui et suam, et alienam cáusam defendit, is decitur, qui iudicio adcedit actoris, vel rei adiuvandi gratia").

Nas Ordenações Filipinas, Livro III, Título 20, § 32, estatuiu-se: "E Vindo alguma parte assistir ao autor, ou ao réu, será obrigada a tomar o feito• nos termos em que estiver, sem ser ouvida acerca do que já foi processado, posto que o pretenda ser por via de restituição, ou por outro qualquer modo. E se a

assistência for depois de ser dada sentença na mor alçada, poderá o assistente, por via de restituição, ou por outro modo jurídico, alegar contra a dita sentença o que lhe parecer acerca do prejuízo, que ela lhe faz, sem o principal, contra quem se deu a sentença, ser, mais ouvido como parte, nem se tratar de seu interesse. E na assistência se procederá na forma de nossas Ordenações e Direito."

Todo o ~ 32 concerne à assistência. Não é de afastar-se a 2a parte, porque se tem de interpretá-la segundo os princípios.

*(a)* "Lex intelligitur secundum rubricam, sub qua collocatur", conforme a princípio que expuseram Tomé Vaz *(Allegationes Super Varias Materias,* 28, n0 47), Jorge de Cabedo *(Decisiones,* d. 33, n0s 2 e 3), Manuel Gonçalves da Silva *(Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*, 1, 342) e outros; e a 2~ parte está ligada à ja~

*(b)* A assistência pode ser antes ou depois da contestação, mesmo após a sentença, se ainda não transitou em julgado (ino et post sententiam, quae in rem iudicatam non transiit).

O Regulamento n0 737, art. 123, disse: "Assistente é aquele que intervém no processo, para defender o seu direito, juntamente com o autor ou réu". Houve críticas ao texto, mas o "seu" direito, aí, é o do terceiro, e o juntamento está apenas no sentido de processamento junto.

A alusão só a direito é que se há de afastar, porquem nem sempre o assistente está a defender o seu direito. Há interesses jurídicos a que não corresponde (ou ainda não corresponde) algum direito. Defende, sempre, o direito de outrem, a quem assiste. Se o direito defendido é comum, ou se o seu direito ou obrigação deriva do mesmo fato, ou regra jurídica, de que deriva o direito alheio, ou se há conexão, ou afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito, há litisconsórcio, e não assistência. O interesse jurídico do assistente não é o que o leva a opor-se, ou a litisconsorciar-se. Se algum direito dele é que lhe dá tal interesse, não é esse direito que ele defende, é o da parte assistida, de modo que são até ai é adversário da parte contrária ao assistido. Tem ele interesse jurídico quer tenha algum direito quer não em que vença o assistido, mesmo se só em parte. Nada pede para si.

3. "Ações" e assistência Em qualquer espécie de processo e a qualquer altura em

que ele se ache, pode surgir o pedido de assistência. Se a ação (de direito material) é declarativa, ou constitutiva, ou condenatória, ou mandamental, ou executiva, não importa; nem importa o rito processual que se lhe atribua. Quando a assistência é litisconsorcial, o que se leva em consideração é que, aí, a litisconsorcialidade fica entre a que se passa no litisconsórcio e a simples assistência. Tem o assistente, com esse elemento a mais na sua função, o poder da prática de atos processuais para decisões, ainda contra a vontade do assistido; e não pode depor como testemunha.

Quanto à colocação da assistência junto ao litisconsórcio, houve críticos, que palarmente erravam, como Enrico Tuílio Liebman, em achar que deveria ficar junto às espécies da intervenção. Assim se deturpariam o sentido de *intervir* e o de *assistir.* O legislador de 1973 foi feliz.

Quanto à colocação do instituto da assistência no Capítulo V que se refere ao litisconsórcio e à assistência, tem-se criticado o que fez o legislador de 1973. Entendem alguns escritores que o lugar próprio seria o da intervenção de terceiro *(e.g.*, Celso Agrícola Barbi, *Comentários*, II, 326). Assistir é proveniente de *adsistere.* O *ad* tem correspondentes indiscutíveis no gótico, no antigo alto alemão, no velho irlandês, no gálico e noutras línguas, sem que derivassem do latim. O *sistere* também tem correspondentes noutras línguas antigas (grego, antigo indiano, e antigo pérsico). Nunca o *ad* se confunde, nem se confunda com o *inter,* nem o *sistere* com *venire.* Um, *adsistere,* está perto.

O outro, *intervenire,* põe-se dentro, vem por dentro. O direito, como elemento da ciência, não pode ignorar o conteúdo das palavras. O assistente, que está perto, pode igualar-se ao que está ao lado, e assim fazer-se litisconsorte.

O terceiro interveniente, não; ele interveio. Terceiro, que se opõe, vai contra o que é autor ou réu. Ai, há intervenção, típica na controvérsia. Quem nomeia à autoria suscita a intervenção do chamado terceiro. Na denunciação da lide, suspende-se o processo, porque a intervenção do terceiro ressalta. No chamamento ao processo, pede-se que se efetue a intervenção. A despeito de poder haver solidariedade na situação dos réus, não se há de pensar em litisconsórcio.

Todas essas espécies de intervenção de terceiro são inconfundíveis com a assistência que se disciplina nos arts. 50-55.

4.Início da atuação do assistente Quando se diz que o assistente recebe o processo no estado em que se encontra, apenas se afasta a eficácia de qualquer ato posterior do assistente, pois os atos do assistido tiveram os seus efeitos, que vão até a sentença, se não há corregibilidade pelo assistido. Por isso, Ó assistente, se advém situação, por exemplo, de ação regressiva, pode alegar que a parte assistida cuidara mal do processo *(exceptio male gestiprocessus),* tal como se a gestão processual foi, antes de ser assistente, defeituosa, e não mais podia haver sanação, ou que o assistido, culposamente, não fundamentou afirmativas ou negativas que fortaleceriam pedidos de defesa, ou não apresentou ou não suscitou as provas que devia apresentar ou promover, ou mesmo que o assistente o impedira de emprego de meios de ataque ou de defesa. Advirta-se que, ai, não permite afastamento da eficácia de cisa julgada; apenas se admitem a alegação e a prova de que não houve do lado do assistente a culpa ou toda a culpa que se lhe exproba.

A atitude do assistente pode ser de gestão processual que provoque mais efeitos nocivos a ele do que ao assistido, diante da parte contrária.

O interesse há de ser *jurídico.* Não basta, por exemplo, que a perda da demanda pela parte que outrem quer assistir, diminua o patrimônio do vencido, que é devedor ao terceiro. *Aliter,* se o bem, que é objeto da lide, teria de ser vendido ao terceiro, em virtude de pré-contrato, ou mesmo da regra jurídica sobre preferência ou opção. O que é preciso é que a sentença proferida entre as partes atinja ou possa atingir direito, pretensão, ou ação, ou exceção, do terceiro. Não seria interesse jurídico o de simples *fato,* porque então seria interesse apenas *econômico.* Nem parente pode pretender assistência em ação alheia, porque havia repercussão *moral* no tocante à família.

5. Espécies de assistência Questão delicada é a de se saber se, fora dos casos do art. 50, há *assistência.* A assistência *(a)* fundada na atuação da sentença em relação de direito material entre o adversário da parte assistida e o terceiro, por isso mesmo que só se refere ao efeito de coisa julgada material e ao feito fáctico *(Tatbestandswirkung)* da sentença, não exaure a classe das intervenções sugeridas à técnica legislativa pela radiação ou projeção extrapartes, pois háos casos *(b)* de *outros* efeitos que aqueles dois. Exatamente, a espécie *(a)* é a mais rara; a espécie *(b),* a mais numerosa (RudolfPollak, *System,* 129). Às duas, *(a)* e *(b),* chama-se assistência. A lei brasileira pôs a espécie *(a)* entre a espécie *(b)* e o litisconsórcio simples; de modo que se tem:

(1) A *assistência simples,* assistência *(b),* de que já tratamos.

(2) A *assistência mais litisconsórcio,* assistência *(a).*

(3) O *litisconsórcio simples,* litisconsórcio pela conexão, ou identidade de causa jurídica ou fáctica, ou da mesma espécie de conteúdo ou fundamento, que é "dispensável" nos dois casos, aquele litisconsórcio facultativo próprio e esse impróprio.

(4) O *litisconsórcio necessário (lacto sensu)* ou "indispensável", que supõe comunidade de direitos ou obrigações. Tal litisconsórcio constitui integração da relação jurídica processual.

(5) O *litisconsórcio unitário,* que somente pega alguns casos de (4); e, duvidosamente, alguns de litisconsórcio por identidade de causa jurídica ou fáctica (litisconsórcio voluntário, próprio, que o deixa de ser por força de lei).

A assistência (1) ou *(b),* que é a mais longe do ser parte, compreende os casos em que alguém tenha interesse jurídico na vitória de alguma parte no processo, sem ser tal que o ponha em qualquer das classes (2) a (5). Éporção, portanto, da assistência. A distinção entre a espécie (1) ou *(b)* e a espécie (2) ou *(a)* derivou do * 20 da Ordenação Processual Civil austríaca, que não existe noutros sistemas de direito processual e foi transplantada para o Brasil. Só a doutrina austríaca nos pode ser proveitosa; portanto, em principio, nenhuma outra.

Há assistência, isto é, uma das duas espécies (1) e (2), quando ocorre algum dos casos seguintes: *(a)* A força ou efeito de coisa julgada material da sentença possa "influir" pró ou contra o terceiro (art. 54), portanto espécie (2).

*(b)* A sentença possa ter efeitos fácticos, pró ou contra o terceiro (art. 54), portanto espécie (2); *e.g.,* o que tem contrato de locação a começar é assistente do art. 54 no processo de renovação de contrato entre o locador e o que propôs a ação de renovação. AdolfWach *(Handbuch,* 1, 629) e Georg Kuttner *(Urteilswirkung ausserhalb des Zivilprozesses,* 6) mostraram que era errada a inclusão, ai, dos efeitos probatórios, como o direito comum entendia (exemplo, A. Mendelssohn-Bartholdy, *Grenzen der Rechtskraft,* 39); e a Franz Felician Heim *(Die Feststellungswirkung,* 233) deve-se a prova de que não se trata de

efeito da coisa julgada. Efeito transdecisional, mas dentro do mundo jurídico, típico no caso do fiador quanto ao processo contra o devedor principal (Rudolf Pollak, *System*, 548; cp. Hans Sperl, *Lehrbuch,* 841; posta de lado a opinião de A. Mendelssohn-Bartholdy, *Grenzen der Rechtskraft,* 448). Esse efeito pode ser de mandado, em vez de só de sentença, explica Rudolf Pollak, e a antiga Corte de Apelação do Distrito Federal teve de encarar o problema (falta de conceitos precisos, é certo), nos julgados de 4 de janeiro e de 13 de setembro de 1917 *(R.D.,* 47, 581). Cf. Superior Tribunal de Justiça de Pernambuco, a 5 de outubro de 1909 e a l0de outubro de 1910 *(Acórdãos,* 130).

*(c)* Quando a sentença possa produzir efeitos probatórios na relação entre o terceiro e o adversário da parte a quem ajuda *(e.g.,* a sentença contra o devedor suscita a aparição do fiador, ou dos donos da coisa dada em penhor da dívida; a sentença contra o cônjuge, no caso de dívidas do outro cônjuge que se possam considerar de responsabilidade comum, suscita a aparição;17

17 Parece que o texto n5o tomou em conta o art. 1º, parágrafo único, II e III, onde ocorre Iitisconsorcio necessário passivo e não assistência.

a sentença contra o usufrutuário suscita a aparição do nu-proprietário); e quando a parte coadjuvada tem direito regressivo. Em todos esses casos, a assistência é a do tipo (1). Não há efeito de coisa julgada, nem fáctico; há efeito probatório. Se, por exemplo, no processo de regressão, o erro do julgamento anterior *não pode* ser alegado *(exceptio male iudicatiprocessus)* pelo que assistiu e *pode* esse alegar que a parte ajudada conduziu mal a ação e o processo *(exceptio male gesti processus),* antes da sua entrada e já sem poder sanar as faltas, ou, durante o tempo posterior, se foi impedido de atos necessários ou úteis pelo assistido, ou se a parte deixou de empregar argumentos ou meios de prova que o assistente não conhecia, ou não podia empregar (art. 55).

Quem quer que siga a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde 1898 *(Jurisprudência,* 269-271; D., 111), 337, 76, 181, 101, 407, 105, 399 e 400; R.D., 27, 545, 28, 462; R.J., 1, 108; *R.D.,* 40, 486, 42, 504, 43,472,46, 593; João Mendes de Almeida, *Direito Judiciário Brasileiro,* 2~ ed., 481; *R.D.,* 46, 540, 39, 520), logo se certifica do tormento que foi para os juizes haverem de decidir questões de litisconsórcio e de assistência, sem terem os dados de ciência para as distinções de (1) a (5). Baralharam-se elas, nos acórdãos, de modo lamentável, cada grupo de julgadores querendo que uma das espécies absorvesse as outras.

No entanto, com aquela curiosidade de cientista autodidata, que o extremou entre os processualistas latinos do meado do século último, Manuel de Almeida e Sousa *(Segundas Linhas,* 1, 47-49) apontou o caso do legatário na ação de nulidade do testamento e no pleito dos herdeiros contra outrem sobre a coisa legada, e outros casos, sem os confundir com os de litisconsórcio, e afastou a noção falsa de mesmidade da pretensão, em que Manuel Gonçalves da Silva *(Commentaria,* 1, 107) e J.J.C. Pereira e Sousa *(Primeiras Linhas,* 1, 48) haviam incorrido. Aliás, por ele se vê que os tribunais portugueses estavam certos e errados os escritores, por insistirem (explicamo-lo nós) em repetir velhas frases. A isso não se forrou Manuel Gonçalves da Silva, nem Pereira e Sousa; mas Teixeira de Freitas *(Primeiras Linhas,* 1, 64) livrou-se do engano, como J.M.F. de Sousa Pinto *(Primeiras Linhas,* 1, 80). Aliás, Antônio Vanguerve Cabral *(Prática Judicial,* p. 532) frisou que o assistente não podia inovar, nem mudar a ação, como se deduzia das Ordenações Filipinas, Livro III, Título 45, ~ 6, e deu noticia da origem da proposição. Não citando a Manuel Gonçalves da Silva; na sua versão fora de medida, disse o que era preciso dizer. A Antônio Vanguerve Cabral, *repetiu* J. 1. Ramalho *(Praxe Brasileira,* 406), porém não consultou as fontes que citou.

Na assistência, que veio do processo extraordinário clássico (Antonio Segni, *L 'Intervento adesivo,* 1, 1), a inclusão do interveniente de modo nenhum altera a relação processual existente, ainda se da espécie do art. 54 (G. Nencioni, *L'Intervento volunta rio litisconsorziale,* 56), e era isso o que tentaram dizer Manuel de Almeida e Sousa e Antônio Vanguerve Cabral.

*Art. 51. Não havendo impugnação* 3) *dentro de cinco (5) dias, o pedido do assistente ')será deferido. Se qualquer das partes alegar, no entanto, que falece ao assistente interesse jurídico* 2) *para intervir a bem do assistido, o juiz: 1 determinará, sem suspensão do processo, o desentranhamento da petição e da impugnação, afim de serem autuadas em apenso;*

*II autorizará a produção de provas;*

*III decidirá, dentro de cinco (5) dias, o incidente.*

1.Pedido de assistente A pessoa que quer assistir tem de fazer o. pedido, nos autos da ação. Incumbe-lhe, na petição, satisfazer os pressupostos exigidos nas petições iniciais, porque o juiz os tem de verificar e determinar a petição que se

complete, ou seja emendada. Se isso não se cumpre, cabe ao juiz, desde logo, indeferir o pedido. Advirta-se, porém, que pode ter sido alternativo ou genérico, se as regras jurídicas a respeito apanham a espécie da assistência que se quer exercer. Uma vez que não há defeituosidade na petição, há as citações para que se inicie o prazo legal, que é de cinco dias. Se não há impugnação, o juiz defere o pedido. Se qualquer das partes, ou algumas, ou todas alegam a falta de interesse jurídico, então é suspenso o processo, têm de ser desentranhadas a petição e a impugnação ou as impugnações, bem como os atos de alguma ou de algumas partes favoráveis ao pedido. Uma vez feito o desentranhamento e prontos os autos, o juiz autoriza a produção de provas, o que, aliás, pode já constar do despacho que ordenou se desentranhassem a petição e os outros atos impugnativos ou não. O prazo para as provas é de cinco dias, findo o qual o juiz defere ou indefere o pedido.

2.Impugnação e falta de impugnação O terceiro, que diz ter interesse jurídico em ser a sentença favorável a uma das partes, tem a pretensão à tutela jurídica e exerce a pretensão à assistência com o seu pedido. Os arts. 50-55 regulam a assistência, no processo civil. Tal disciplina é puramente processualista e tem por fito evitar que não se possa apresentar no processo quem pode ter algum direito, obrigação ou qualquer outra irradiação de alguma situação jurídica atingível pela decisão. O pressuposto único e de grande relevo é ode haver interesse jurídico por parte do terceiro, isto é, de quem não é parte no processo.

Se há impugnação, por entender o impugnante que falta interesse jurídico para querer assistir, há desentranhamento e a autuação em apenso, sem suspensão do processo, e, diante das provas, que podem partir do impugnante e do impugnado, decide o juiz (art. 51, 2~ parte). Ai o que se aprecia é existir ou não interesse jurídico do impugnado, ao passo que, na espécie do art. 54, o assunto é haver influência na relação jurídica, entre ele e o adversário do assistido.

O interesse jurídico, de que fala o art. 50, pode ser sem que se haja de exigir a relação jurídica entre o assistente e o adversário do assistido. Por exemplo: não cabe no art. 540 interesse jurídico que tem alguém, que é credor de A, assistido, e emprestou a A, ou depositou em juízo por ser exigido a A na ação que atendesse à lei.

Afaste-se qualquer possibilidade do assistente do autor poder reconvir, bem assim o assistente do réu. Todavia, há a possibilidade de ter havido revelia do

assistido e, em virtude do art. 52, parágrafo único, ser considerado gestor de negócios do assistido. Aí, sim, qualquer atitude que o assistido podia tomar pode tomá-la o assistente.

Pergunta-se: j~pode o assistente do réu argUir a incompetência do juiz, o impedimento ou a suspensão (arts. 304, 112, 134 e 135)? A resposta é afirmativa, a despeito das divergências que havia sob o Código de 1939. Se o assistido é o autor, não; porque, mesmo sob o Código de 1973, art. 52, que é novo, o assistente só tem os poderes e os ônus processuais que o assistido. Não gestão de negócios do assistido-autor; somente do assistido-réu, que incorreu em revelia (art. 52, parágrafo único). No direito italiano, entendia L. Mattirolo *(Diritto Giudizia rio Civile,* ifi 4~ ed., n0

827) que a incompetência absoluta podia ser argUida pelo assistente, por ser de ordem pública. Temos o art. 113 e os

§~ l~' e 20 do Código de 1973, de modo que, em se tratando de assistente do réu, nenhuma dúvida aparece. Quanto ao assistente do autor o que ele alegar apenas pode dar ensejo à declaração do ofício.

Quanto às exceções de direito material, trata-se de conteúdo da ação ou da contestação, de modo que o exercício depende da legitimação do assistido, autor ou réu. A mesma legitimação tem o assistente. Ocorre o mesmo que dissemos em se tratando de argüição de fato extintivo, impeditivo ou interruptivo ou suspensivo.

Quanto a depoimento pessoal do assistente, inclusive confissão, não produz efeitos contra o assistido, que o nega (se com ele concorda, tal concordância é confissão). Mesmo no caso de assistência considerada litisconsorcial (art. 54), não se pode ter a confissão do assistente como de eficácia contra o assistido, porque, mesmo no litisconsórcio típico, a confissão judicial faz prova contra o confitente, não prejudicando, todavia, os litisconsortes (art. 350).

Os assistentes não podem praticar atos processuais que sejam contrários ao do assistido, salvo se, revel aquele, opera como gestor de negócios (art. 52, parágrafo único).

A condenação do assistente, se o assistido é vencido, dá ensejo a que o assistente

possa ser condenado em custas, inclusive, mais largamente, se o assistido-réu foi revel, pois ai houve gestão de negócios.

Tem-se de supor que advenha sentença favorável a autor, ou a autores, ou a réu, ou a réus, para se saber se o terceiro teria interesse na decisão. Pode ser que ainda não seja titular de qualquer direito que se discute, mas a vitória de alguém, ou a perda da causa, tenha repercussão no seu patrimônio ou nos próprios direitos de personalidade.

Se só há impugnação, dentro do prazo, que é de cinco dias, o juiz defere o pedido de assistência; aí, pode ocorrer que uma das partes ou algumas das partes conheçam o que se passa com o terceiro e o seu silêncio se considere afirmativa do alegado interesse. A lei, diante do silêncio dos litigantes, fez a decisão do juiz apenas de deferimento. Entenda-se, porém, que, mesmo se ninguém impugnou, pode haver falta de pressuposto pré-processual ou processual, que obrigou ao indeferimento com tal fundamentação.

3. Tipo de procedimento Qualquer que seja a forma do processo de cognição, ou executivo, ou cautelar, como qualquer que seja a espécie de ação{declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental, executiva), ou qualquer que seja a fase processual, pode o terceiro pedir que se dê a situação de assistente. Nada tem ele, ao entrar, com que se passou antes da sua posição assistencial. Isso não significa que não possa argUir qualquer invalidade para cuja argUição não haja qualquer prazo.

*Art. 52. O assistente atuará ‘)como auxiliar da parte principal, exercerá os mesmos poderes e sujeitar-se-á aos mesmos ônus processuais que o assistido* 2)

*Parágrafo único. Sendo revel* 3) *o assistido, o assistente será considerado seu gestor de negócios.*

1. Função assistencial A função do assistente não é a de ser parte, mas apenas a de assistir *(ad, sistere).* A técnica jurídica, com o exame profundo das espécies em que aparece terceira pessoa, teve de distinguir a função de que é litisconsorte, função de ser *parte* com a mesma sorte, era de quem apenas assiste a alguma ou algumas partes, sem ser parte. Todavia, teve de atender à figura mista, que aparece, às vezes, entre parte e assistente, que é a da assistência litisconsorcial (art. 54).

2. Poderes e ônus processuais O assistente defende o seu interesse jurídico e por isso assiste à parte na defesa do direito dessa. Não defende, autonomamente, direito seu, mas o de outrem; pode ser que o seu interesse jurídico resulte de direito, pretensão, ou ação, de que é titular, porém não é isso o objeto da sua defesa: defende, assistindo, o direito de outrem; e defende, com a permissão de assistir, o seu interesse. Com tal função *ad adiuvandum*, a ação é uma só, a da parte; dai, se ocorre ter de haver defesa de direito do assistente, a espécie revelar a mistidade a que acima aludimos, que é a da assistência litisconsorcial.

3.Revelia da parte assistida Se a parte assistida é revel, assume a gestão de negócios o assistente. Não se trata de representação. E erro dizer-se, como fez Enrico Redenti *(Diritto processuale civile*, 1, 381), que o assistente se faz, de modo automático, parte, em sentido processual, mesmo se se vai à saida de dizer-se o assistente *parte formal*, como Francesco Camelutti. Seria complicar-se o conceito de parte, que é conceito de direito processual, pois qualquer titular de direito, pretensão, ou ação, ou qualquer sujeito de dever, de obrigação, ou qualquer acionável, antes da propositura do remédio jurídico processual, não é parte. As expressões “parte material” e “parte formal” são de repelir-se, porque o que mais importa é exatidão da terminologia. Quem propõe “ação”, de direito processual, e assim exerceria a ação, de direito material, é perda, não era titular de ação, de direito material, e seria confuso chamar-se parte de direito material quem titular da ação não era. Se o assistente é litisconsorcial, algo se passa de diferente, porque então *assiste* e *participa*, por haver a figura mista, que a técnica legislativa teve de acolher.

*Art. 53. A assistência não obsta aque aparte)*

*principal reconheça a procedência do pedido, desista da ação ou transija sobre direitos controvertidos; casos em que, terminando o processo, cessa a intervenção do assistente* 2) 1. Atitude da parte assistida A parte assistida pode prestar todas as manifestações de conhecimento, porque tem o dever de verdade; inclusive pode reconhecer, no todo ou em parte, a procedência do pedido. Quanto às manifestações de vontade, pode desistir da demanda, renunciar a direitos, e transigir. Terminada, assim, a lide, cessa a assistência.

Se, porém, o assistente é litisconsorte, por poder a sentença influir em relação jurídica entre ele e a parte adversária, as regras jurídicas sobre consórcio são invocáveis. Tal assistente é parte, litigante distinto, a despeito de estar sujeito à

mesma sorte, de jeito que, ai, os atos e as omissões da parte assistida não podem prejudicar o assistente litisconsorte.

O art. 48 é aplicável. A mistidade leva a isso.

(No art. 53 fala-se de "parte principal", de modo que se dilata o conceito de "parte", para se chamar parte ao simples assistente. Seria pertinente a expressão se se tratasse de assistência litisconsorcial.) 2. Terminação da função assistencial Se ato ou omissão da parte assistida levou à extinção do processo, não há mais assistência. Se, porém, o assistente é litisconsorcial, tudo se passa como em processo em que há litisconsórcio.

*Art. 54. Considera-se litisconsorte* 1)4) *da parte principal o assistente, toda vez que a sentença houver de influir* 3)7) *na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido* 2)5) *Pará grafo único. Aplica-se ao assistente litisconsorcial* Y)' *quanto ao pedido de intervenção, sua impugnação e julgamento do incidente, o disposto no art. SI* 9)»>)

1. Assistência e litisconsórcio. Intervenção O problema de técnica legislativa que se oferecia ao Código de Processo Civil punha-o diante da solução do direito anterior, no tocante ao instituto da assistência, ligado àverificação do

"interesse na causa", bem difícil de apurar-se em abstrato e *in casu,* e da solução do direito austríaco e do alemão (respectivamente, ~§ 19 e 20, §* 66-71), que consideram a figura do *terceiro* como a de um "interveniente adesivo", qualificado ou não. No direito processual austríaco elevou-se a posição de tal interveniente, a ponto de se tomar ele litisconsorcial ou autorizado a tomar parte. Em vez de se precisar a natureza especial, se bem que intermediária, de tal figura processual, ou de se rebaixar o seu papel até fazê-la mero assistente, preferiu-se acentuar o elemento comum da sorte entre esse terceiro e as partes do processo. Tal foi o caminho que o legislador brasileiro escolheu.

A assistência, a chamada intervenção anexa *(Nebenintervention)* ou adesiva, é a entrada do terceiro no processo, sem se fazer termo da relação jurídica processual, isto é, sem se tomar parte. A ligação é unívoca (do assistente à parte, a que apoia), pois tem interesse em que seja bom o êxito da parte, a que assiste. O pré-contraente comprador de prédio, ou o contraente comprador, tenha, ou não, havido acordo de transmissão, se ainda não houve a transmissão, é o tipo do

assistente simples do art. 50. Se houve o registro no registro de imóveis com a ação nata adjudicatória, de que cogita o direito material, é litisconsorte: não é só assistente; é parte.

Os pressupostos para a assistência do art. 54 são: *a)* existência de litígio pendente, portanto, iniciada a litispendência, pode ser pedida a assistência

e, enquanto não há sentença irreformável, a assistência é de exigir-se; *b)* não ser parte no feito o que pede a assistência, salvo se não é parte no ponto em que assiste *(e.g.*, se quer assistir o litisconsorte na parte do pedido em que não é litisconsorte); *c)* existir interesse jurídico de quem pede assistência, porém interesse jurídico no resultado da sentença (= influibilidade jurídica da sentença). Não basta que o interesse seja só econômico ou só moral. Pode ser de direito privado ou de direito público *(e.g.*, o do cúmplice do adultério que teme a influência na ação penal). O

interesse há de ser nascido fora do litígio, embora não necessariamente antes *(e.g.*, o advogado destituído não pode assistir no processo com o intuito de assegurar-se o reembolso das custas, mas o pré-contraente comprador pode pedir assistência ainda se o pré-contrato foi posterior à litispendência). O interesse jurídico é, aí, como nas outras espécies, após o pressuposto pré-processual (necessidade da tutela jurídica).

Ao assistente litisconsorcial há de ser exigida a capacidade de ser parte. Pode ser testemunha no processo no tocante à parte só assistida. O ter sido arrolado ou o ter deposto como testemunha não o afasta como assistente litisconsorcial, nem pode ser alegado para se lhe negar entrada no processo. Pode depor como parte no que é litisconsorte. O interesse no processo não supre a falta da necessidade de tutela jurídica por parte do assistido, qualquer que seja.

Tem o assistente litisconsorcial de satisfazer os pressupostos de capacidade processual e de capacidade postulacional.

São casos frequentes de assistente considerado litisconsorte: *a)* o tabelião, na ação em que se discute a validade da escritura pública, por defeito de forma, porque, se for decretada a nulidade, pode ser demandado para indenizar (= tem ele interesse na vitória do demandado, se a ação é constitutiva negativa, ou do demandante, se se trata de ação de cobrança de dívida constante da escritura

pública); *b)* o sócio que não é órgão da sociedade; *c)* o concursado ou falido, nos processos do administrador da massa concursal ou do síndico da falência, no que concerne a bens escapos ao concurso ou falência; *d)* o herdeiro, nas ações que toquem ao inventariante, no que se refere a bens escapos à inventariação e partilha; *e)* o juiz, nas ações em que se argúi ter sido ilegal a permissão ou autorização judicial, se tem responsabilidade civil.

Se a ação é de reivindicacão e o imóvel fora hipotecado pelo autor a terceiro, pode esse terceiro apresentar-se como assistente e há de ser considerado litisconsorte, porque, no caso de perda pelo autor, que foi o hipotecante, a sentença atinge a relação jurídica entre o que se dizia proprietário e o credor hipotecário. Tem ele todo o interesse em que seja vitoriosa a parte a que assiste. Dá-se o mesmo se a assistência é ao réu, por ter sido ele quem hipotecou o bem ora em ação de reivindicação. Pense também no caso do usufrutuário se a ação é de reivindicação, porque a solução do problema a propósito da propriedade pode atingir o usufruto. Outrossim, em se tratando de bem imóvel, se há credor pignoraticio, ou quem alugou o bem móvel, ou por outra razão é possuidor ou tem direito à posse.

Se o terceiro diz que adquiriu de comum o bem imóvel ou móvel, com o autor, ou com o réu, não há, aí, assistência com litisconsorcialidade, mas, evidentemente, litisconsórcio.

Criticava-se ao Código de 1939, art. 93, ter posto no Capítulo intitulado “Dos Litisconsortes”, em vez de o inserir no outro Capítulo “Da intervenção de terceiro” *(e.g.,* A. A. Lopes da Costa, *Direito Processual Civil*, III, 364; Enrico Tuílio Liebman, que, em anotação às *Istituzioni di* Giuseppe Chiovenda, diz que tal seria o lugar próprio). Havia razão em se exprobar pôr-se em capitulo sobre litisconsórcios, porém não para colocá-lo na intervenção de terceiro.

Assistente não intervém; e o Código de 1973 fez o Capitulo V (Do Litisconsórcio e da Assistência) em duas Seções (Do Litisconsórcio e da Assistência), evitando o erro em que se incorreria se atendesse ao que queria, por exemplo, Enrico Tuílio Liebman.

A sentença que se vai proferir, ou que se proferiu, em processo pendente entre duas partes ou mais, pode influir na esfera jurídica de terceiro. Muitas são as espécies. Algumas servem de exemplo: *a)* o processo pode referir-se a relação

jurídica, de cuja existência dependa o direito ou a obrigação do terceiro *(e.g.,* o fiador no pleito entre devedor e credor; o beneficiado pelo *modus* ou encargo testamentário ou entre vivos no pleito sobre a validade do testamento, da herança, do legado ou de doação); *b)* é possível que, vencida a parte assistida, o terceiro tenha obrigação de indenizar (e.g.,quando A comprou a B o prédio x e C litiga com B dizendo-se dono); *c)* pode dar-se que a execução da coisa julgada atinja o terceiro *(e.g.,* sentença somente contra o marido, se o bem é dotal). O "interesse jurídico" do terceiro, em todos esses casos, é o de que uma das partes vença. Dai chamar-se à assistência simples "intervenção adesiva", ou intervenção por proximidade, *Nebenintervention.* Mas pode ser novo litigante, litisconsorciar-se, e não só colaborar com a parte principal, cuja vitória lhe interessa. A figura é, sem dúvida, intercalar entre a do litisconsorte e a do assistente. Por isso mesmo, uns a metem na classe das intervenções e outros na classe dos litisconsórcios. O seu interesse jurídico tem de ser próprio, de modo que se não confunda com a figura da parte mesma. Porém não pode ser contrário ao do assistido; *e.g.,* não pode ser o de quem alega simulação das partes litigantes (Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 2 de maio de 1942, *R.F.,* 92, 166).

Conforme acima dissemos, o legislador brasileiro de 1939 tinha diante de si o direito anterior, com o conceito de assistência, e o direito germânico, com o conceito de intervenção adesiva, qualificada ou de litisconsórcio, ou não-qualificada. Que fez ele? No fundo, ficou com a solução austríaca. Na forma do artigo, deixou um pé no passado brasileiro e pôs o outro no continente europeu: o terceiro, note-se bem "o terceiro", quando a sentença houver de influir na relação jurídica entre ele e a parte contrária, "poderá intervir" (noção de intervenção) no processo "como assistente" (noção de assistência), considerado litisconsorte (noção de litisconsórcio).

A ~a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a 8 de outubro de 1946 *(R. F.,* 110, 129), negou a assistência litisconsorcial, na ação de desapropriação, ao locatário do prédio. Ora, o locatário está na situação que se prevê no art. 54. Mais: se tinha direito à locação, por tempo além do em que se havia de entregar o prédio, ou cláusula de respeito pelo adquirente, em caso de alienação, a legitimação como litisconsorte impõe-se, por ter direito à indenização pela desapropriação de seu direito pessoal. Idem, quanto ao sublocatário na ação entre o locador e o locatário (1~ Câmara Civil do Tribunal

de Justiça de São Paulo, 9 de setembro de 1947, *R.F.,* 169, 306).

A assistência litisconsorcial pode ocorrer em qualquer ação ou processo, inclusive na ação de mandado de segurança *(j*~ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 5 de agosto de 1946, *R. dos T.,* 167, 101) e na ação da Lei n0

2.271, de 22 de julho de 1954, art. l~.

Tratando-se de assistência segundo o art. 54 do Código de Processo Civil, a ação para admissão do assistente, com sentença incidental, tem por desfecho favorável sentença constitutiva-declarativa ou por desfecho desfavorável, sentença declarativa negativa. Sem razão, vê Leo Rosenberg *(Lehrbuch,* ~a ed., 188) na sentença, qualquer que seja ela, sentença declarativa.

O assistente litisconsorcial é parte. Não se diga que não se pode pensar em força ou eficácia sentencial pró ou contra ele sem razão (2~ Turma do Supremo Tribunal Federal, 16 de dezembro de 1945): não há apenas influência extra-sentencial da força ou da eficácia da sentença.

Os efeitos da sentença, a que se refere o art. 54, são, por definição de assistência, os efeitos que atingem o assistente.

Os outros efeitos são peculiares à situação jurídica do assistido. Daí falar-se em efeitos que hão de influir na relação jurídica entre a parte contrária e o assistido (cf. com o direito anterior, 2a Turma do Tribunal Federal de Recursos, 16

de dezembro de 1947, *D. da J.,* de 19 de julho de 1948, 1851).

Da decisão que não admite a assistência litisconsorcial, o recurso, que cabe, é ode apelação *(aliter,* antes, 3~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 6 de novembro de 1945; 6~ Câmara Cível, 21 de maio de 1946).

2. “Interventio adiuvando” e terceiro Segundo o conceito do art. 54, o terceiro, a que se alude, assiste à parte, compondo a figura da chamada *intervenho adjuvando,* mas, uma vez que o legislador permitiu o seu ingresso no processo no caso de poder a sentença influir na relação jurídica entre ele e a parte contrária, ao litisconsorte. Vence, assim, a tese de Rudolf Pollak, contra Hans Sperl *(Lehrbuch,* 1, 172), G. Neumann *(Kommentar,* 4a ed., 1, 449) e outros. Não

importa saber-se qual a natureza econômica, ou moral, do seu interesse, se o assunto é de pretensão à tutela jurídica. O que importa é que a sentença a firmar-se a favor de uma das partes possa influir na sua esfera jurídica. Naturalmente, a investigação da existência dos pressupostos do art. 54 tem de fazer-se em processo separado, se há impugnação da parte contrária, ou de alguma das partes contrárias, ou da própria parte a que pretende aderir. O

juiz despachará, depois de imaginar a solução favorável e a repercussão que possa ter em benefício do solicitante, ou o dano que lhe possa causar a sentença desfavorável à parte a que o solicitante se propõe a ajudar, e a examinar, se a sentença influirá na relação jurídica entre o que faz o pedido e a parte contrária ao assistido. Durante esse processo, é prudente que se permita a participação interina, do solicitante, no pleito.

Admitido o terceiro, é-lhe dado praticar atos processuais, atacar e defender, articular fatos, juntar provas, opor exceções, reforçar as afirmações da parte ajudada e discutir as da parte adversa. Também a ele se aplica o art. 49.

Pode impulsionar o processo como qualquer dos outros litigantes. Para essa atividade, o assistente-litisconsorte é autorizado pela lei, não só no caso de estar presente a parte coadjuvada e consentir expressa ou tacitamente, mas também quando a parte coadjuvada esteja ausente. Como se vê, desbotou a figura da assistência. Nem seria razoável manter-se o velho termo, que corresponde a outros dados e a outra maneira de raciocinar, bem diversa do interveniente adesivo do direito alemão e do autorizado a tomar parte do direito austríaco. A lei brasileira, como as duas Ordenações européias, partiu da existência de um interesse próprio, que o terceiro tem no resultado do processo, como coadjuvante, quase sempre, é certo, mas coadjuvante que atua em nome próprio. Considera-se litisconsorte.

Pode-se dizer que se faz ele parte na causa? Por si só, não é parte. Nem é autor, nem é réu, no processo. Quando ele entra no feito, nenhum novo processo surge, nem o processo, que havia e estava correndo, se altera. Ele adere; mas também se insere. Principalmente, nada pede para si. Se nada pede, não há nos autos pedido seu, que o juiz tenha de examinar para deferir ou indeferir. O pleito não é dele; é da pessoa a que ele ajuda. Apenas participa no processo, como litisconsorte, figura do processo, como o autor e o réu, porque tem um interesse próprio na vitória de uma das partes, a assistida, porque está em causa relação

jurídica entre ele e a parte contrária. Em todo caso, esse interesse não constitui pedido, não lhe dá a mesma liberdade de movimentos que teria, se fosse autor, ou réu. Por exemplo: não pode desistir da "ação" proposta pelo assistido; não pode convencionar para se suspender a instância (art. 265,11).

Mas a força maior, relativa a ele, a pode suspender, quanto a ele (art. 265, V), bem como a sua morte, ou a morte do seu procurador (art. 265, 1), mas só quanto a ele. Se abandona a causa em que coadjuva o autor, não pode o réu requerer suspensão do processo, etc.; se a parte coadjuvada se retira do processo, não há razão para que ele fique. Por isso mesmo que coadjuva, a sua presença nunca pode ter o efeito de prejudicar a parte. Aceita o pleito no estado em que se acha, ao ingressar no processo, sem poder alegar qualquer nulidade anterior. Não pode atacar ou defender, nos pontos em que não o poderia, ou já não o poderia, a parte coadjuvada. Todos os seus atos e declarações em contradição com os atos e declarações da parte ajudada são ineficazes. Se essa admite como verdadeira afirmação da parte adversa, o híbrido interveniente litisconsorcial não a pode discutir com efeitos que pesem para a apreciação do juiz.

Quanto aos recursos, o assistente litisconsorcial pode recorrer nos prazos que se dão à parte assistida, ainda que ela não recorra, e o seu recurso é *também* dela. Se ambos recorreram, o recurso é um só. Se a parte assistida recorreu e desistiu do recurso, o assistente pode recorrer com o mesmo fundamento; se já havia recorrido, a desistência pela parte assistida não afasta o prosseguimento do recurso do assistente, mesmo se haveria contradição entre a sua atitude e a da parte assistida. Se os dois recursos sobem, não se podem julgar diferentemente os dois recursos, no que são iguais, pois, no que são iguais, são um só.

Os atos processuais que, praticados pelo assistente litisconsorcial, se oporiam, *in abstracto,* ao interesse da parte assistida, são eficazes, porque os pode praticar o assistente litisconsorci aí.

Tem pretensão a tomar parte, a *Teilnahmeanspruch*, de que falam os juristas austríacos, com toda a razão. Tal pretensão especializa a sua pretensão própria à tutela jurídica, quer se trate de ação de condenação, de declaração, ou de constituição, ou de execução de título extrajudicial ou de sentença, quer de certas ações de mandamento. Na execução, todo credor pode invocar o art. 54, principalmente o credor de custas e outras despesas, ou honorários de advogado.

Pretendendo simplificar, com o uso das expressões “toda vez que a sentença houver de influir na relação jurídica entre eles e o adversário do assistido’~, o legislador não atendeu a que “influir” não tem conteúdo absoluto. Há influência de diferentes graus. A sentença pode influir na relação entre uma das partes e terceiro, como se o marido, em regime de comunhão de bens, perde processo por dívida. A mulher, cujo assentimento não era necessário para o litígio, nem tinha de ser citada para a lide, sofre a influência da sentença, porquanto na relação jurídica entre o marido e ela houve diminuição do patrimônio comum. A influência pode ser de natureza diferente, consistir, em vez disso, na extensão mesma da força ou do efeito a terceiro. Não se diga que o (falso) principio de só operar a sentença *inter panes* corta tal possibilidade. Efeitos dos julgamentos, quanto a terceiros, existem, a despeito dos aforismos e até mesmo de enunciados ríspidos das leis. Porque tais casos existem, foi que se criou a denominação intervenção adesiva *reforçada*, a que outros preferem intervenção adesiva qualificada, ou, até, intervenção adesiva litisconsorcial. Melhor é dizer-se: assistência litisconsorcial. (De passagem, observemos que o princípio de só haver eficácia *entre partes* e o de só haver força e efeito de coisa julgada material *entre partes,* aquele falso, não dizem o mesmo. A força e o efeito constitutivo pode ser, por exemplo, *erga omnes.)*

Tratando todos os casos de influência no mesmo pé de igualdade, o art. 54 encambulharia a chamada intervenção adesiva simples com a chamada intervenção adesiva reforçada, fazendo-as todas equiparadas ao litisconsórcio, portanto litisconsorciais. Para o intérprete, uma vez que nem todos os litisconsortes são iguais, a ordem do legislador de considerar o terceiro como litisconsorte deixa margem para que se distingam os dois casos. O assistente litisconsorcial, dito interveniente adesivo *reforçado,* continua de ser simples interveniente, e não parte, uma vez que conduz processo alheio, e não processo seu, mas, em algum ponto, ou pontos, passa a ser parte (litisconsorte). Apenas passa à frente do interventor adesivo simples, devido ao seu interesse no resultado ser “quase igual” ao da parte principal. Adquire certa independência. Se, por um lado, pode executar todos os atos de que resultem benefícios para a parte principal, tais atos não dependem do querer da parte principal. O assistente litisconsorcial pode praticar o bem para si e para a parte a que ajuda, ainda sem a vontade dessa. Esse, sim, é de ser considerado o litisconsorte. Temos, assim, de interpretar o art. 54, distinguindo as duas espécies de influência. Não pode o interveniente litisconsorcial atacar ou elidir afirmação concorde da parte a que

*apenas* ajuda; *para todos os efeitos de direito material,* é assistente, e não *outra* parte (A. Skedl, *Das õsterreichische Zivilprozessrecht,* 1, 392); como assistente, não responde pelas custas do processo, se bem que os arts. 29, 33 e 35 lhe possam ser aplicáveis (não o art. 20); não tem prazos proprios para recursos, exceto se o ajudado desiste ou transige (Hans Walsmann, *Die streitgenõssische Nebenintervention,* 211; contra essas exceções, Rudolf Pollak, *System* 130); *processualmente,* no que se litisconsorciou, é que ele é considerado "litisconsorte", quer dizer, tem "a situação de um litisconsorte" (como diz o § 20 da Ordenação Processual Civil austríaca; pede, contesta, recorre, arrazoa); se morre, aplica-se o art. 265, 1, quanto a ele mesmo (Rudolf Pollak, *System,* 130). idem se morre o seu procurador; e pode invocar o art. 268, parágrafo único, se ajuda ao réu. No que concerne ao ponto ou aos pontos em que não só assiste, é tratado como parte e responde pelas custas e pelos honorários advocaticios.

3.Interesse jurídico próprio do assistente A construção jurídica de modo nenhum pode transformar o terceiro assistente litisconsorcial em representante da parte, como pretendeu Wilhelm Kisch (Begriff des Nebenintervenienten, *Griinhuts Zeitschrift,* 26, 315); nem tampouco em representante eventual. O seu interesse é próprio. De regra, ajuda; porém é possível que controle, ou ajude e controle, excepcionalmente embora (cf. Rudolf Pollak, *System,* 123; sem razão, Hans Sperl, *Lehrbuch,* 1,173, G. Neumann, *Kommentar,* 4a ed., 1, 449). Assiste como assistente; atua como parte, por ser litisconsorte. Parte que ajuda, como quer Hans Sperl (1, 161), seria contra-senso.

O que importa é que o assistente tenha interesse jurídico na vitória da parte a que adere. Tal interesse é o fundamento mesmo da assistência (cf. Olaf Ekelõf, Das rechtliche ais Interventionsgriiind, *Festschríft fUr.* J. W. Hedemann, 206

s.). Para ser litisconsorte, é preciso que a sentença possa influir na relação jurídica entre ele e o adversário da parte assistida. Não basta o interesse do acionista ou do sócio de responsabilidade limitada, nem o de simples amizade, nem o de parentesco. Na vitória do segurado, que foi figurante em desastre de automóvel, tem interesse a companhia seguradora.

Desde que se compõem os pressupostos para a assistência litisconsorcial, há *direito à assistência litisconsorcial.*

Qualquer dos figurantes da relação jurídica processual pode objetar ao pedido de assistência litisconsorcial, quer quanto a pressupostos de fundos, quer quanto a pressupostos de forma.

4.Pressupostos exigidos ao assistente litisconsorcial O terceiro precisa ser capaz de ser parte, ter interesse jurídico na vitória de uma das partes, pois só assim essa influiria em relação jurídica entre ele e a parte adversa. Se é parte, litisconsorte, é mais do que se crê. Por isso não são assistentes simples, o sócio, o acionista, o portador de cupões, o *defensor matrimonii,* o portador de conhecimento de depósito (O. Pisko, *Lehrbuch,* 295). Pode mesmo tratar-se de interesse em determinada execução de bem, porém não em produção ou resul~ado de prova (Rudolf Pollak, *Systern,* 125), nem de simples caridade, nem de interesse econômico na vitória do seu devedor contra alguém, ou na perda do seu devedor na lide, nem da mãe na ação do filho extramatrimonial contra o pai dele por alimentos (AdolfWach, *Handbuch,* 1, 625). Se haveria no julgamento mais do que influência, *e.g.*, se a pretensão é de ser parte, não cabe limitar-se à assistência. A regra jurídica do art. 54 deve ser lida como dizendo: se entre a decisão possível e a esfera jurídica do terceiro existiria contacto diminutivo ou aumentativo, no tocante à relação jurídica entre o assistente e a parte contrária, cabe a assistência litisconsorcial. Por exemplo: a) se a coisa julgada material teria efeitos próprios, na pretensão constitutiva do terceiro, com a parte adversa, em virtude de relação jurídica, laterais ou de reflexo, conceitos definidos sob os arts. 469 e 470; *b)* se a decisão sobre as questões de fato teria efeitos na relação jurídica entre o assistente e a parte adversa; *c)* se a execução de algum titulo

implica ou determina executabilidade de título seu, conexo. Sobre os efeitos conexos ou laterais da decisão, como bastantes, a questão ficou resolvida por Adolf Wach *(Lehrbuch,* 1, 646) e Georg Kuttner *(Die privatrechtlichen Nebenwirkungen,* 159). Antes de tudo, há de haver a pretensão à tutela jurídica. O interesse pode ser econômico, ou não; de direito privado, ou não (Leo Rosenberg, *Lehrbuch,* 2a ed., 127). Outrossim, deve existir (o interesse!) ao tempo da entrada do terceiro, ainda que só se apresente em grau de recurso. Deve entrar enquanto útil a entrada (Rudolf Pollak, *System,* 126). Mas é ineliminável o pressuposto da atingibilidade da relação jurídica entre o assistente e a parte contrária.

Nem todos os casos perfazem a figura do assistente litisconsorcial. Alguns apenas compõem a do *assistente* simples.

O critério científico para se distinguir, dentre esses intervenientes, o do art. 54, é o de se saber se o efeito, que a sentença produz, atinge a relação jurídica ou relações de direito material entre o interveniente e a parte adversa. Ora, isso só se dá quanto à *eficácia da coisa julgada material* e o efeito *fáctico* da sentença. Efeito da sentença como fato é o que dela emana como pressuposto jurídico para nova pretensão de uma das partes ou de terceiro *(e.g.*, o efeito de fato da sentença, para o fiador, se ela é contra o devedor principal, ou para o devedor, se ela é contra o fiador principal pagador). Assim, aplicando as análises de George Kuttner, Hans Sperl *(Lehrbuch,* 1, 4), posto que Georg Kuttner *(Die privatrechtlichenNebenwirkungen,* 38) exclua o último exemplo. Somente quando o elemento de declaração, ou de condenação, na sentença mandamental possa ter algum daqueles efeitos, há assistência litisconsorcial nas ações mandamentais. Menos freqtientemente ocorre em ações constitutivas e nas executivas.

Em alguns casos, a eficácia de coisa julgada se estende a terceiros, que não são sucessores no direito ou na posse da parte, após a litispendência. Ai, a litisconsorcialidade da assistência ocorre. No art. 54não se confunda com o texto de 1939, que se referia “a qualquer das partes e terceiro” explicitamente se diz que o assistente se “considera” litisconsorte (e não como assistente, equiparado a litisconsorte”, como antes se frisava) se “a sentença houver de influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido”. De maneira nenhuma se tem como litisconsorte o assistido de uma parte como litisconsorte se a alteração da sentença apenas concerne à relação jurídica entre ele e a parte assistida.

*5.* Assistente litisconsorcial e custas Sendo parte, o terceiro do art. 54 está sujeito à caução às custas, como os liti sconsortes; a isso estão sujeitos quaisquer outros litisconsortes (cp. D. Ullmann, *Das osterreichische Zivilprozessrecht,* 53).

6.Entrada do assistente litisconsorcial A entrada do assistente litisconsorcial em nada altera o juízo. Somente as partes podem ter interesse pró ou contra a litisconsorciação; e é possível que uma tenha um, e outra tenha o outro, porém não sempre. Se se opera na primeira instância, a entrada tem de ser antes da audiência (Rudolf Pollak, *System,* 127). O juiz apreciará o pedido (escrito!), na sentença. Nas outras instâncias, é preciso que a parte a que adere tenha recorrido e não desista do recurso. Recorre dentro do mesmo prazo.

Pensemos, primeiro, na função simplesmente assistencial. Ainda que a parte assistida se alheie de toda a gestão do processo, a gestão do processo pelo assistente é gestão de processo alheio. Não se faz parte, principal nem litisconsorte; continua assistente simples. Não depõe como parte principal, nem fica excluido se é testemunha no processo. Nem pode ser condenado nas custas do processo em que assiste. A morte dele, a do seu procurador e a força maior não suspendem a instância, quanto às partes; mas pode-se pedir que se lhe dêem os prazos do art. 265, §§ 20 e 30 para os atos processuais que teria de praticar. Tais atos processuais têm de ser tidos como praticados, salvo se ocorreu cessação da relação jurídica processual.

Em princípio, o assistente litisconsorcial pode praticar, em seu próprio nome, todos os atos processuais e receber os atos processuais que a parte assistida poderia praticar ou receber. Os efeitos são os mesmos, como se figurante deles fosse a parte assistida. Por isso mesmo, se o assistente litisconsorcial comparece, não se pode considerar revel a parte assistida que deixou de comparecer, nem ser extinto o processo. Se, assistindo ao réu, o assistente comparece e não comparece o procurador do réu, pode o assistente evitar a incidência do art. 453, § 2~'. A sua comparência não obsta a que a parte assistida invoque o art. 453, § 3~.

7. Assistente e atos processuais O assistente litisconsorcial pode praticar atos positivos, desde que sejam processuais *(e.g.,* produzir provas). São-lhe vedados os atos de direito material, tais como pagamentos. Pode pedir aplicação do art. 835. Se a parte, a que aderiu, executa a sentença, é-lhe facultado intervir de

novo. Não, por si só.

(Os atos de direito material, que o terceiro pode praticar, inclusive o pagamento, o assistente pode praticar, porém não como assistente, como terceiro)

A assistência litisconsorcial é de estruturação germânica recente (século XIX), mas de preforma italiana. Supõe relação dependente da relação litigiosa ou de relação ou relações necessariamente coordenadas à relação litigiosa. Daí ser sujeito à coisa julgada eventual entre as partes. Mas é independente da parte ajudada. A relação jurídica é outra, posto que suscetível de ser influenciada pela decisão na ação proposta. Nenhuma influência tem nela. Exemplos: o filho, no processo do matrimônio dos pais; a mulher, na líde do marido sobre bens dotais (Konrad Hellwig, *System,* 1, 21); o herdeiro, na lide do executor testamentário com terceiro; o usufrutuário, na lide do nu-proprietário e vice-versa; o executor testamentário, na lide sobre a validade do testamento; o credor hipotecário ou pignoratício, na demanda do devedor relativa aos bens gravados (Enrico Allorio, *La Cosa giudicata rispetto ai terzi,* 327); o sublocatário, ou o comodatário, nas ações de denuncia ou de resílição do contrato de locação *(j~* Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 9 de setembro de 1947, *R. dos T,* 171, 300; ia Câmara, JO de abril de 1949, 180, 357; 3~ Câmara, 9 de junho de 1949, 182, 272; 4~ Câmara, 4 de maio de 1950, 187, 343; sem razão, 8~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 17 de junho de 1946, *D. dai,* de 18 de março de 1948, 847). É sujeito a efeitos da sentença que surgir entre as partes. Mal delíneada, é certo, já a tínhamos (Manuel de Almeida e Sousa, *Segundas Linhas,* 48), com base em J. Schettino.

Na assistência litisconsorcial, a eficácia da decisão atinge a *relação jurídica* entre o *assistente* e *aparte contrária.*

Supõe existente ou ir existir, em virtude da sentença, relação jurídica entre o assistente e a parte contrária (não entre ele e a parte ajudada), e ser atingível pela eficácia sentencial essa relação jurídica *(e.g.,* quando a sentença contra o chefe da sociedade conjugal pode ser executada nos bens comuns, ou quando o herdeiro se apresenta em questão entre o inventariante e terceiro, sem se tratar de que questão em que tenha de ser parte). É preciso notar-se a diferença entre o direito brasileiro de 1939 (art. 93) e o § 69 da Ordenação Processual Civil alemã, que só se refere à relação jurídica do assistente com a parte contrária. E o art. 54 do Código de 1973 frisou o mesmo.

8. Momento em que se há de pedir a assistência litisconsorcial A assistência equiparada a litisconsórcio é dada, salvo quando já em pauta para julgamento a causa (j~ Turma do Supremo Tribunal Federal, 16 de agosto de 1948, *O D.*, 57, 256: “Recebe o feito no estado em que se encontra, sem alterar os termos de sua instauração ou propositura”; ia Turma do Tribunal Federal de Recursos, 2 de maio de 1950, *R. F.*, 130, 417; sem razão, a 12 de julho de 1951,D. *daJ.*

de 22 de novembro de 1951).

O art. 54 diz: “toda vez que a sentença houver de influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido”. Isto é: quando a eficácia de sentença puder atingir a relação jurídica entre a parte adversária e terceiro. Antes de a eficácia existir ou ser definitiva, a assistência litisconsorcial tem por fito evitá-la. Ler-se como se só se admitisse o pedido de assistência litisconsorcial (ou qualquer outra) *antes* da sentença é ler-se sem conhecimento de processo, porque a assistência pode ser pedida em qualquer grau de jurisdição (art. 50, parágrafo único). O interesse para a assistência litisconsorcial ou para o litisconsórcio só se exaure diante de sentença contra a qual não há mais recurso. Por motivos práticos, tem-se excluído o deferimento se a causa está em pauta, o que, se ainda pode sobrevir recurso, apenas é lapso à apresentação de assistência litisconsorcial ou de litisconsorte. A decisão do Tribunal Federal de Recursos, a 12

de julho e a 26 de outubro de 1951, que afirmou não ser de admitir-se assistência litisconsorcial depois de proferida a sentença de primeira instância, confundiu sentença trânsita em julgado com sentença apenas proferida. O interesse do assistente litisconsorcial pode exsurgir exatamente dos termos de tal sentença. O Juízo da 2~ Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal, a 21 de janeiro de 1954 *(D. da J.* de 3 de fevereiro), argumentou que “é da própria letra da lei que se tira o argumento de que não é possível admitir-se a assistência depois de prolatada a sentença”. Ora, a letra da lei só se referia e só se refere à futura influência da sentença; de modo nenhum cogitou do momento em que há de ser pedida a assistência equiparada a litisconsórcio. Certamente, na ação de execução de sentença não pode mais haver assistência litisconsorcial quanto ao que já transitou em julgado. Na própria ação de execução de sentença, se tem de ser decidida alguma questão e a eficácia da decisão houver de influir na relação jurídica entre a parte contrária e terceiro, cabe a assistência litisconsorcial. Por exemplo: na execução de pré-contratos a favor de terceiro, nos embargos do

devedor (art. 741), se o pagamento foi feito por terceiro, ou se pende apelação de sentença que julgou concurso de credores. Nos embargos de terceiro, ação contra o exequente, a assistência equiparada ao litisconsórcio é possível. Nas ações executivas de títulos extrajudiciais de cognição incompleta, idem.

*9.* Impugnação e falta de interesse jurídico O art. 54, parágrafo único, remete ao art. 51, no tocante à impugnação e ao julgamento do incidente. De inicio, é de observar-se que no art. 54, parágrafo único, se fala disso, mas o art. 54

caracterizou o elemento de poder "influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido". A relação jurídica entre o que quer assistir e outra parte é que importa. O assistido afirma que tem direito e o adversário nega-o, ou o assistido nega o que o adversário afirma (mesmo ainda fora do processo); o assistente sustenta que o assistido tem razão e que a sentença contra o assistido atingiria a relação jurídica entre ele e o adversário. A sentença favorável ao adversário do assistido iria ferir direito, pretensão ou ação, que tem ligação com o que foi objeto da posição do assistido (autor ou réu). A referência a "interesse jurídico", no art. 51, é de mais amplo conteúdo do que a do art. 54 a

"relação jurídica". Dai a distinção entre a assistência simples e a assistência litisconsorcial. O juiz tem de examinar o pedido de assistência com fundamento no art. 54. Pode ser que exista a atingibilidade da relação jurídica em que está a pessoa que pede a assistência ao autor ou ao réu e tem de ser tratado como litisconsorte o assistente; ou só exista interesse jurídico que não resulta de relação jurídica com alguma das partes, e então o caso é de assistência simples; ou não há a primeira hipótese, nem a segunda, e incide o art. *51,* 2a parte.

10.Cessação da assistência litisconsorcial A assistência litisconsorcial cessa: *a)* pela *desistência,* inclusive pela transação, que implique desistência, mas só a desistência se leva em consideração, sendo as custas, por analogia com o art. 26, pagas pelo desistente; *b)* pela *extinção do processo (e.g.*, pela desistência, pela transação, pela coisa julgada); *c)* pela *inserção do assistente como parte ou litisconsorte,* sem mais se cogitar de assistência, na relação jurídica processual *(e.g.*, sucedeu na qualidade de herdeiro a alguma das partes); *d)* pelo *afastamento da parte assistida,* sem que outra pessoa se insira na relação jurídica processual, podendo a ela aderir o assistente, isto é, inserir-se como parte, se há satisfação de pressupostos para ísso (a adesão à outra parte, posteriormente à saída da parte assistida, deixa lapso).

Se morre a parte assistida, o assistente litisconsorcial adere ao herdeiro ou aos herdeiros. Falecendo o assistente, em seu lugar fica o herdeiro ou ficam os seus herdeiros. Se o interesse jurídico do assistente passa a outrem, sem ser a causa de morte, tem de ser pedida a adesão em sucessão: não se opera *ipso iure.*

Se o assistente litisconsorcial pratica qualquer ato processual, ajudando a parte (e só ajudar pode ele), e foi pedida a sua exclusão (sentença desconstitutiva da sentença constitutiva que o admitiu), os atos processuais que haja praticado foram e são legítimos, bem como os atos processuais praticados contra ele, até que transite em julgado a sentença desconstitutiva, foram e são eficazes, exceto se não havia processo entre outras pessoas, ou se não foram atos de ajuda.

*Art. 55. Transitada em julgado a sentença, na causa em que interveio o assistente, este não poderá, em processo posterior, discutir a justiça da decisão, salvo se alegar e provar') que: 1 pelo estado em que recebera o processo, ou pelas declarações e atos do assistido, fora impedido de produzir provas suscetíveis de influir na sentença* 2); *II desconhecia a existência de alegações ou de provas, de que o assistido, por dolo ou culpa, não se valeu* 3)~

1. Trânsito em julgado e justiça da sentença O assistente, por ter o seu interesse jurídico, em que uma das partes vencesse, entrou no processo como fim de assistir, de ajudar. Ora, o interesse jurídico pode ter consistido em que a eficácia de coisa julgada da sentença poderia atingir o terceiro, pró ou contra, ou em que efeitos anexos ou acessórios iriam até ele, ou que a sentença teria de ter execução contra o terceiro, ou em que estabeleceria prova entre o terceiro, e o adversário da parte assistida. Em verdade, nada pediu para si. No art. 55 não se está a falar da eficácia de coisa julgada, o que se estatui é que os fundamentos de fato e de direito que foram assentes na sentença são incontroláveis, isto é, em processo posterior não pode o assistente "discutir a justiça" da decisão *(e.g.,* vícios da coisa vencida; foi decidido ter sido maior o empacotamento ou encaixotamento de mercadorias pelo expedidor). As regras jurídicas do art. 55 são relativas a todos os assistentes, mas há plus em relação ao assistente litisconsorcial, porque o art. 54 lhe dá a situação de litisconsorte *(verbis* considera-se litisconsorte).

Há, todavia, ressalvas que constam da parte final, 1 e II, do art. 55.

2. Ressalvas ao princípio da incontrovertibilidade A despeito do princípio que o

art. 55 enuncia, há possibilidades para que o assistente, após a coisa julgada da sentença, pró ou contra o assistido.’8 O assistente pode alegar e provar (simples alegação não bastaria) que, ao receber o processo, isto é, ao tempo de ser deferido o seu pedido de assistência, ter podido assistir, já não podia produzir provas suficientes para influir na sentença. Também lhe cabe afirmar e provar que declarações quaisquer que sejam (de vontade, de fatos ou de sentimento) feitas pelo assistido o impediram

18 Parece que a oração ficou incompleta, devendo completar-se, em consonância com o *capur* do art. 55: discuta a justiça da decisão.

de produzir provas que bastassem para que a sentença fosse diferente e, segundo o que argúi, justa.

3. Desconhecimento de alegações e provas que teriam de ser feitas pelo assistido Aqui, não há afirmativa da injustiça da sentença, porque o juiz tem o dever de julgar conforme os dados que constam do processo e os que por lei ele tem de levar em consideração. O que o art. 55, II, menciona é a espécie em que o assistente se livra do princípio da incontrovertibilidade por poder alegar e provar que o assistido, dolosa ou culposamente, deixou de alegar ou de provar. Basta a culpa e o próprio fato de esquecimento é culpa.

Quando, ai, se fala de assistido, tem-se de entender que, nas espécies do art. 55, 1 e II, o dolo ou culpa pode ser da parte, do seu procurador ou do seu advogado, ou de algum dos seus advogados, que funcionaram no pleito. O

advogado pode ignorar o que o procurador sabia, como poderia saber o que o procurador ignorava, como ambos podiam ignorar o que só a parte sabia. A culpa basta; *a fortiori,* o dolo. A parte, se ignorava o que o procurador ou o advogado sabia, tem ação contra esse ou aquele, ou ambos, sem que essa situação afaste a invocabilidade do art. 55, II, ou do art. 55, 1.

Capítulo VI

DA INTERVENÇÃO2) DE TERCEIROS’)

1. Intervenção de terceiros, em senso estrito O Capítulo VI trata da *intervenção voluntária,* excluída, porém, a intervenção assistencial (arts. 50-55) e os

litisconsórcios, posto que o art. 50 fale de “terceiro”. Toda a “intervenção” *ad adiuvandum* ou levemente controlante ficou fora dele. O que o legislador levou em conta, para a tratação em conjunto, foram os elementos provocativo e opoencial, em lugar do elemento consorciante, ou simplesmente de ajuda e espectração de efeitos transdeciosionais, que foram objeto do Capitulo V sobre o litisconsórcio e a assistência. No litisconsórcio, o que penetra no processo se põe em atitude processual semelhante à do autor ou do réu, de modo que é atitude afirmativa-negativa. Na assistência, o terceiro apenas assiste, posto que prova ser assistente litisconsorcial. Na intervenção opoencial, a sua atitude é negativa-negativa.

A intervenção voluntária ou é autovoluntária, quando o interveniente mesmo a suscita, ou é voluntária alheia, quando é uma das partes que provoca a intervenção; ou é mista. A provocação por uma das partes do processo se dá quando essa parte, perdendo, teria direito de regresso contra o interveniente provocado. *(a)* Vendeu A a C coisa que cria lhe pertencesse e antes de entregá-la ao comprador é acionado por B, que se diz proprietário dela. Se A for vencido no processo, terá de indenizar a C. Cabe ai a *litisdenunciação.* E então a parte, no começo ou durante o processo, pode notificar a C do processo que pende, do estado em que se acha e da causa da denúncia. O principal efeito da litisdenunciação é dar ao terceiro o ensejo de penetrar no processo. Entretanto, ou a sua figura é a do assistente litisconsorcial, isto é, a da situação regulada pelo art. 54, ou é a do terceiro pretendente, chamado ao processo, ou a do chamado em *nominatio* ou *laudatio auctoris.* São os dois casos mais típicos. *(b)* A provocação pode não ser simplesmente notificante, mas de chamamento do terceiro à luta, tal como se A, devedor, é demandado por B, que se diz seu credor, e surge C,que sustenta haver-lhe B transferido o crédito. Ao réu é indiferente a quem pague, se deve.

Tem dois caminhos processuais: depositar o crédito, com caráter definitivo, e deixar que os dois pretendentes litiguem e o levante quem vencer, ou continuar no processo, por lhe parecer que nenhum dos dois é credor. No caso, de modo nenhum se pode cogitar do art. 54: C não é interveniente adesivo, e repugnaria atribuir-se-lhe qualquer litisconsorcialidade. Nem ajuda a A, nem tampouco, a B. O elemento opoencial sobreleva a todos os outros. Se A sai do pleito, o seu processo contra B é *outro* processo. *(c)* Além desses dois casos, toda parte que, perdendo, pode exercer ação de repetição (ou de garantia) contra terceiro, pode

chamar a esse, para que se inclua no processo, substituindo-a, ou não, conforme as variantes. Aqui, a litisdenunciação adquire toda a sua força *in ius vocatio.* Não há aviso da luta. Nem notificação. Há chamamento a ela. Vê-se bem que os três casos graduam a energia da provocação.

Pode dar-se que esse elemento provocativo não exista, ou logo desapareça, pela força opoencial do terceiro. A e B

litigam sobre certo terreno; C, notificado ou não por A ou por B, intervém contra os dois, em plena negativa-negativa, excluindo aos dois, pois afirma que ele, e não A, nem B, é o proprietário. Se mudamos o exemplo, temos: A diz-se dono de titulo de crédito, ou o credor de D; B suspeita que ele, e não A, nem B, é o dono do titulo, ou o credor. O

processo em que C penetra se dirige contra A e B. Em vez de relação jurídica processual comum, cujo vértice é o Estado, a figura passa a ser diferente: o Estado fica no vértice do ângulo em cujas pontas estão as partes principais e ao mesmo tempo no vértice do ângulo em que essas duas partes estão numa ponta e o interveniente noutra. Tem-se de traçar uma linha C para o Estado e dai duas outras para as partes principais. Esse terceiro de modo nenhum se pode tratar como parte do processo primitivo ou principal. Não ajuda a uma para que vença a outra, compartilhando da sorte daquela em certa porção; nem lutam juntas ela e a ajudada, ombro a ombro, dentro da mesma sorte; nem, sequer, pela conexão, está na contingência de que se reflita nela o que se decidir sobre a outra. Luta contra ambas. Por isso mesmo não entra no processo; fica de fora, perto do processo primitivo, noutro processo. Dá-se, é verdade, cumulação de processos, não só de pedidos ou de ações, e seria errado pensar-se em cumulação de sujeitos. Por muito que se procure algo de comum, a não ser a aproximação dos processos, o que se encontra é espécie de antiposição de cada parte contra o outro litigante, o que exclui a noção de litisconsórcio. Não vemos nos réus do processo novo, oposicional, dos litisconsortes: o que há é a nulidade do interesse do opoente, e não a comunidade dos interesses dos seus opostos. A aproximação dos processos tem a vantagem apenas de se evitarem soluções contraditórias.

O processo romano desconheceu, nos seus traços gerais, a *oposição* ou intervenção principal (J. W. Planck, *DieMehrheitderRechtsstreitigkeiten,* 164 s.). E mesmo posterior à legislação canônica. A fonte doutrinária inicial foi Baldo de Ubaldis *(Feudorum Usus Commentaria,* 58).

Acima falamos de cumulação de processos, na oposição. Se a oposição é oferecida antes da audiência, há a *apensa cão* , que é a espécie mais material da cumulação. Dai ser regra jurídica imperativa a de correrem simultaneamente e serem ambas as ações julgadas na mesma sentença, que há de conhecer, em primeiro lugar, da oposição. Se já iniciada a audiência ou depois dela, a oposição tem procedimento ordinário, sem razão para ser julgada sem prejuízo da ação principal. Todavia, pode o juiz sobreestar no andamento do processo, por prazo nunca superior a noventa dias, e então vão ser julgadas conjuntamente a ação principal e a oposição.

Se o procedimento da ação principal é sumarissimo, não se admite reconvenção (art. 315, § 20). Nada diz a lei quanto à oposição. Se oferecida após se iniciar a audiência, não há discutir-se, porque tem de ser ordinário o procedimento, sendo julgada sem prejuízo da causa principal (art. 60). Se oferecida antes da audiência, há apensação dos autos aos da ação principal e nada obsta a que o procedimento seja o mesmo, embora especial ou sumaríssimo. O opoente apenas pretende, no todo ou em parte, “a coisa ou o direito sobre que controvertem autor e réu” (art. 56). Nem se diga que não cabe no processo sumaríssimo, nem na oposição, declaração incidental.

Dizer-se que os opostos são “circunstancialmente litisconsortes necessários” é absurdo: ambos são réus, sem qualquer litisconsorcialidade. O que acontece e pode acontecer em qualquer ação é que os réus sejam dois ou três, sem que se litisconsorciem.

Na oposição, pode advir litisconsórcio, por ter outra pessoal ou por terem outras pessoas legitimação a litisconsorciar-se, quer com o opoente quer com um ou os dois ou mais opostos. No direito, não se podem baralhar os conceitos. Para que isso ocorra é preciso que se satisfaça o que se exige no art. 46. Também pode aparecer algum interessado ou duas ou mais pessoas interessadas em assistência (art. 50), quer como assistente do opoente quer como assistente de um dos opostos.

2. Espécies de intervenção de terceiro Os institutos de que se trata no Capítulo VI (arts. 56-80) são os seguintes: 1. A *intervenção principal* que é chamada, nos arts. 56-61, *oposição.*

II.A *nomeação* à *autoria* (arts. 62-69), que cabe àquele que detém a coisa em

nome alheio e, sendo demandado como se fosse o dono ou possuidor, nomeia à autoria que o é. *Nominatio auctoris,* de origem romana.

III.A *denunciação da lide* (arts. 70-76).

IV.O *chamamento ao processo* (arts. 77-80).

Seção 1

Da Oposição

*Art. 56. Quem pretender, no todo ou em parte* 2) *a coisa ou o direito sobre que controvertem* 3) *autor e réu, poderá, até ser proferida a sentença, oferecer oposição contra ambos* J)•

1. Oposição de terceiro Além dos casos de interesses mesclados ou tangenciais ao do objeto da relação jurídica processual já estabelecida ou a estabelecer-se, de que trataram o Capitulo V (arts. 46-49) e as Seções II, III e IV do Capítulo VI (arts. 62-80), pode dar-se que o elemento da oposição supere o elemento coerência de interesses (comunhão, conexão, afinidade de questão, mesma sorte, adesividade, litisdenunciação, chamativa ou nomeativa).

Duas pessoas litigam. Terceiro surge que se contrapõe aos dois litigantes, autor e réu, sem qualquer daqueles elementos de coerência de interesses. Nem pretende ser parte e ser tratado em igual pé; nem entende que o seu processo se conecta com o do outro, nem que se co-interessa na mesma questão de direito ou de fato, nem se litisconsorcia, nem intervém para ajudar, nem chama ou nomeia a outrem: opõe-se às duas partes. Tem o seu direito, ou supõe tê-lo, e poderia iniciar duas outras demandas contra uma parte e contra a outra. Como existe processo entre as duas, considerações de urgência, de eficácia e de economia estabelecem o problema de técnica legislativa: regular-se a intervenção desse terceiro, cujos interesses se chocam com os dois pólos da relação jurídica processual, na ordem material do juízo. A figura é de pessoa que não pode ser litisconsorciada com qualquer das outras, nem ajudar a qualquer delas, nem ser chamada ou nomeada por uma delas ou por todas. Exercita ação sua, com pretensão toda sua, e pede o que está em contradição com o que o autor da ação ajuizada pede e o réu, nela, contesta, e com o que o réu, por sua vez, afirma, defendendo-se. No fundo, a sua ação (talvez as suas ações) dirige-se contra uma

parte e contra a outra em dois processos separados cumulados. Se cumulados, esse interventor radical, por isso dito *principal*, ou *opositor,* força os litigantes a certa situação de litisconsórcio. Os adversários como que têm interesse comum em afastar do caminho o opoente a ambos. Alguns juristas consideram a oposição forma particular da *actio negatoria.*

Outros, demanda constitutiva processual, como se a partícula de constitutividade que tem fosse peculiar a ela. Já vimos que todas as sentenças a têm. Mas verdade é que os primeiros também esbarram ante as oposiçoes fundadas só em relação de direito das obrigações. Outros entendem que a oposição é ação de mandamento.

Alguns juristas criticam a colocação da oposição como espécie de intervenção de terceiro, e o nome "intervenção principal" porque para eles, se a ação é autônoma, não pode ser interventiva *(e.g.,* Leo Rosenberg, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts,* 5a ed., 441 s.). Ora, a despeito da automatividade, é inafastável a alusão à intervenção e a expressao alema, *Hauptintervention,* mostra que não se pode negar ao que fez o juiz julgar, de regra, simultaneamente e com a ordem nos julgamentos, o fito e a eficácia de intervir.

A lei não se referiu a segunda oposição, nem a reconvenção, tendo havido oposição. Outro terceiro, isto é, pessoa que não é o autor nem o réu da ação prima, nem o opoente, pode *a)* opor-se aos três; ou *b)* só aos dois (autor e réu); ou *c)* só ao opoente. Na espécie *a), h*á nova oposição *mais* a oposição ao opoente; na espécie *b),* só outra oposição; na espécie *c),* apenas oposição à oposição, pois o opoente não vai contra as partes da primeira ação, e sim contra a ação do opoente (contra-oposição).

Quando alguém, pessoa física ou pessoa jurídica, acode a alguma ação em que há citação por edital, se desconhecido ou incerto o réu *(e.g.,* na ação de usucapião, art. 942, II),l9 não se faz opoente, mas sim atende à citação.

Não há oponibilidade se já foi proferida sentença na ação. *Afortiori,* se já essa se acha em superior instância. O que pode acontecer é que o terceiro invoque o art. 499 e § 1~, que se referem à legitimação do terceiro prejudicado a recorrer.

A oposição ou intervenção principal, de que estamos a falar e de que tratam os arts. 56-61, é *ação declarativa* contra o autor e, quase sempre, *de* 19 O inciso II

do art. 942 foi incorporado ao *caput* do dispositivo pelo art. 1” da Lei n0

8.951, de

13.12.94, substituida a frase “e, por edital, dos réus ausentes, incertos e desconhecidos” por “e, por edital, dos réus em lugar Incerto e dos eventuais interessados”. O exemplo do texto permanece, entretanto, atual.

*condenação* contra o demandado do primeiro processo. Esse ponto foi definitivamente estudado, só se apresentando combinações raríssimas com os elementos mandamental e constitutivo, ou com elemento executivo que provoca os *embargos de terceiro,* ação mandamental típica, pois que tem como conteúdo obter mandamento contra a execução pelos órgãos executivos. Aí ficam, bem nítidas, as diferenças de natureza entre o instituto dos arts. 56-61 e o instituto dos arts. 1.046-1.054.

Nas Ordenações Filipinas, Livro III, Título 20, § 31, diz-se:

“E por quanto a oposição é libelo” libelo demanda contra o autor acerca dela se terá (quando ela vier) o mesmo modo de proceder, que se tem no libelo. E vindo o opoente com seus artigos de oposição a excluir assim ao autor, como ao réu, dizendo que a causa demandada lhe pertence, e não a cada uma das ditas partes, se os tais argigos forem oferecidos na primeira instância, e antes de se dar lugar à prova, serão logo recebidos na audiência, e assim os mais artigos de contrariedade, réplica e tréplica; e se vier com eles depois de dado lugar à prova, ou no caso de apelação, ou agravo, antes do feito ser finalmente concluso , no caso, em que por Direito com oposição possa vir, pronunciar-se-á sobre ela por desembargo, e não sobrestará no primeiro feito, antes se irá por ela em diante, até se dar final determinação. E a oposição correrá em feito apartado, e depois que o primeiro for findo, se prosseguirá o feito da oposição contra o vencedor. E tratando-se o feito perante juiz, que por si só dela haja de conhecer, e não cabendo a causa em sua alçada, não recebendo a dita oposição, não se perderá apelar dele, somente se agravará por petição ou instrumento” (Cf. Ordenações Afonsinas, Livro III, Título 20, onde, no § 14, se fala do opoente, no § 24, de

“oposiçam ” e de opoente).

A origem da oposição é germânica.

Uma das complicações da oposição é a da intervenção principal contra a *ação* e a *reconvenção,* porque então há duas ações: uma declarativa contra o autor e de condenação contra o réu e outra declarativa contra o réu e de condenação contra o autor, desde o momento em que o autor admita a reconvenção parcial ou confesse o pedido parcial do réu. Se é o juiz que tem de apurar a situação, a ação do terceiro acaba por assumir essa singular bifurcação. De regra, só se constrói como passiva (condenação contra réu), mas é de pensar-se que os arts. 56-6 1 têm outras aplicações: *e.g.*, se o autor, que tem a coisa, afirma o seu direito para evitar a ação futura do réu; e ai a oposição toma a natureza de declarativa contra o réu e de condenação contra o autor da ação primitiva. Historicamente, tem-se tratado a oposição ao lado da intervenção adesiva, mas em verdade só têm de comum que... se uma existe, não existe a outra (E. Ott, *Soustavny Uvod ve Studium Noveho Rizene Soudniho*, 2~ ed., 330).2<> A *oposição* ou intervenção principal não se confunde com os *embargos de terceiro.* A respeito, é de todo conveniente evitar-se, na leitura de livros estrangeiros, a troca de um por outro instituto, defeito da nossa jurisprudência muitas vezes. Alguns sistemas jurídicos chamam intervenção principal ao que chamamos “oposição”, e oposição aos

“embargos de terceiro”. A língua portuguesa técnica conservou o nome de embargos a todos os atos contra resoluções judiciais no *mesmo plano* (embargos de terceiro, embargos do devedor, embargos de declaração, embargos infringentes do julgado), como se estivessem os espíritos dos séculos formadores do direito lusitano atentos ao elemento “mandamental”, a que se haveria de opor o pedido de “mandamento negativo”.

Nos praxistas do século XIX encontra-se referência à oposição como ação do terceiro que intervém no processo para *excluir* o autor ou o réu, ou a ambos juntamente (J. J. C. Pereira e Sousa, *Primeiras Linhas,* 1, 116; Joaquim Inácio Ramalho, *Praxe Brasileira,* p. 403). Essa alusão a “exclusão” é permiciosa à definição, porque a ação não é de exclusão (substituição subjetiva), mas de oposição tão-só, e a oposição nunca é somente contra o autor ou o réu, e sim, *sempre,* contra ambos.

Resolvido que se tem de tratar a *oposição* como “a ação do terceiro que intervém no processo para excluir o autor e o réu” (Reg. n0 737, art. 118), e admitido que esse terceiro se submetia aos mesmos pressupostos processuais se se opõe

“no todo ou em parte” (Código de Processo Civil de 1939, art. 102; de 1973, art.

52), a *interventio ad infringendum iura utriusque competitoris* teve de se organizar à semelhança dos outros casos de cumulação de processos, investigando-se quais as particularidades subjetivas e objetivas que apresentava. A angularidade das situações autor-Estado, Estado-réu, e interventor opoente-Estado, Estado-autor e réu preexclui desde logo o considerar-se comum o interesse do pedido ou o da contestação do processo primitivo com o do opoente. Portanto, nenhuma coerência entre o interesse desse e os dos outros figurantes. Se houvesse coerência entre o interesse dele e o de qualquer dos outros, a figura mudaria.

Nem esse E. Ou, nem sua obra são conhecidos da doutrina brasileira. O notável linguista Ricardo Coelho Saíles, autor do dicionário descritivo *O Legado de Babel*, vols. 1 e II (Rio, 1993 e 1994. Ao Livro Técnico e Opera Nostra, respectivamente) traduziu, por solicitação do atualizador legislativo, o título scheco da obra: *Introdução Sistematica ao Estudo do Novo Processo Judicial.*

As discussões a respeito do direito anterior pecavam, em parte, por desatenderem a esse ponto. Se só se opusesse a uma das partes, coerência de interesses haveria, e tratar-se-ia de litisconsórcio necessário, ou voluntário, ou de intervenção adesiva, ou ao processo, assistência, ou de chamamento ou de nomeação de autoria. (Na parte sobre execução de sentença, trataremos da oposição à execução, mais de espaço. Os princípios não são os mesmos).

Afastar-se a oposição de terceiro nas ações executivas de títulos extrajudiciais, sob o Código de 1973, seria assunto para regra jurídica especial. Nos embargos do devedor, o embargante pode alegar falta ou nulidade da citação no processo de conhecimento, inexigibilidade do título, ilegitimidade das partes, cumulação indevida de execuções, excesso da execução ou nulidade desta até a penhora, qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, incompetência do juízo da execução, bem como suspeição ou impedimento do juiz (art. 741, VII). Se os embargos do devedor são em ação executiva de título extrajudicial pode o embargante alegar, além dessas matérias, previstas no art. 741, “qualquer outra que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento” (art.

745). Ora, a oposição apenas supõe que o opoente pretenda, no todo ou em parte, a coisa ou o direito sobre que controvertem autor e réu, e é oferecida contra ambos (art. 56). Diferentes são os embargos de terceiro. Nesses, o terceiro sofreu

turbação ou esbulho na parte de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, sequestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha (art. 1.046). O que o embargante pede é que lhe sejam manutenidos ou restituidos os bens. Não se trata de pretensão à coisa ou ao direito sobre que controvertem autor e réu, o que dá legitimação ativa à oposição.

Quanto aos embargos do devedor, na ação executiva de títulos extra-judiciais, o embargante, além do que se aponta no art. 741, pode alegar qualquer fundamento para a sua defesa no processo de conhecimento (art. 745). Portanto, se o devedor argúi, nos embargos do devedor, assunto que concerne a coisa ou direito que o terceiro pretende, não se pode negar ao terceiro a legitimação à oposição, como, se o terceiro fosse atingido na posse (turbação ou esbulho), poderia vir com os embargos de terceiro (art. 1.046). Embargos de terceiro e oposição não se limitam a qualquer procedimento:

podem ser em qualquer espécie de ação, desde que se componham os seus requisitos. Dizer-se que, nos processos de ações executivas de títulos extrajudiciais, não pode o terceiro apresentar oposição, porque não há cognição, é fora de qualquer pertinência. Ao devedor, se o título executivo é extrajudicial, é licito deduzir nos seus embargos tudo “que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento” (art. 745). A ação executiva de titulo extrajudicial apenas, com a mesclagem, adiantou execução. Se o juiz acolhe qualquer das alegações concernentes ao processo de conhecimento, foi ação de cognição que julgou, de modo que se apaga a execução adiantada.

Tendo havido oposição na ação executiva de títulos extrajudiciais, o opoente tem de observar, para a petição, os requisitos exigidos para a propositura de ação (arts. 282 e 283). Têm de ser citados o exeqúente de títulos extrajudiciais e o devedor, contestando o pedido no prazo de quinze dias. Se a oposição foi antes da audiência (art.

740), há a apensação e pela mesma sentença têm de ser julgados os embargos do devedor e a oposição, conforme o art. 59. O art. 740, parágrafo único, é invocável. Se depois de iniciada a audiência, rege o art. 60, podendo o juiz sobreestar no processo de execução. Se cabe ao juiz julgar simultaneamente a ação e a oposição, tem desta conhecer em primeiro lugar (art. 61). Também nos embargos de terceiro pode ocorrer deferimento liminar (art. 1.051).

O art. 598 explicitamente estatui: “aplicam-se subsidiariamente à execução as disposições que regem o processo de conhecimento”. Isso não estava no Código de 1939, de modo que reforça tudo que antes dissemos.

O que escreveu Arruda Alvim *(Código de Processo Civil Comentado*, III, 111 s.) é sem base jurídica.

A oposição pode ser em qualquer procedimento de cognição, inclusive nos especiais (ações possessórias, ação de consignação em pagamento, ação de depósito, ação de anulação e substituição de títulos ao portador, ação de prestação de contas, ação de nunciação de obra nova, ação de usucapião de terras particulares, ação de divisão e de demarcação, ação de inventário e partilha).

Pergunta-se: acabe oposição em se tratando de embargos de terceiro, de ação de habilitação, de ação de restauração de autos? A resposta tem de ser afirmativa, uma vez que haja pretensão do opoente à coisa ou ao direito que é objeto da controvérsia entre autor e réu. Quanto às vendas a crédito com reserva de domínio (arts. 1.070 e 1.071), também seria absurdo negar a alguém a oposição. Resta o caso do juízo arbitral. Quer o cumprimento tenha sido judicial quer extrajudicial (art. 1 .073), não se pode afastar a possível oposição por terceiro. Surgindo, por exemplo, controvérsia quanto a direito sobre os quais a lei não permite transação e a existência ou inexistência dele depende de julgamento, suspende-se o julgamento arbitral e se remetem as partes à autoridade judiciária competente (art. 1.094). Com a oposição, pode dar-se o que ai se supõe e tem o juízo arbitral de remeter as partes à autoridade judiciária competente. Temos de admitir a oposição até que chegue à autoridade judiciária para a homologação, e só se afasta a propositura se já se extinguiu o prazo para se manifestarem as partes (art. 1.099). Quem julga a oposição é sempre a autoridade judiciária competente, mesmo se ainda não foi remetido o laudo para a homologação. Se o opoente tem de levar à distribuição a sua petição, tendo de ser citados os figurantes do processo no juízo arbitral, tem-se de comunicar aos árbitros o que ocorreu. Não se citam os árbitros, mas é indispensável que tenham conhecimento do que ocorreu.

Se a autoridade judiciária julga procedente a oposição, dentro do que nela se arguiu e foi acolhido é que se afasta o julgamento arbitral. Cabe recurso de apelação.

Quanto aos procedimento especiais de jurisdição voluntária, não seria de negar a interessado na oposição se o pedido é de alienação, arrendamento ou oneração de bens dotais, de menores, de órfãos ou de interditos (art. 1.112, III), ou de alienação, locação e administração de coisa comum (art.

1.112, IV), ou de alienação de quinhão em coisa comum (art. 1.112, V), ou de extinção de usufruto ou de fideicomisso (art. 1.112, VI). Em todas essas espécies, pode acontecer que haja interesse quanto à coisa ou quanto ao direito sobre que versa o pedido, porque, citados todos os interessados e o Ministério Público, pode haver controvérsia, a despeito de se tratar de jurisdição voluntária. Nas alienações judiciárias, sempre que uma das partes pedir a alienação judicial o juiz tem de ouvir a outra parte antes de decidir (art. 1 .113, ~ 20). No desquite amigável, há a descrição dos bens do casal (art. 1.121,1), de modo que pode haver legitimação de terceiro, que pretenda, no todo ou em parte, algum ou alguns ou todos os bens que foram descritos pelos cônjuges. Dá-se o mesmo no procedimento do desquite litigioso2’ ou do divórcio. Se o juiz manda arrecadar bens de ausente (arts. 1 .159 e 1 .160), ai o que pode acontecer é turbação ou esbulho, de modo que o remédio jurídico processual adequado é o de embargos de terceiro.

Quanto à coisa vaga, o juiz manda publicar o edital para que o dono ou legitimo possuidor a reclame, no intervalo de dez dias (art. 1.171); e aí não se pode pensar em terceiro porque todos os interessados foram convocados para a reclamação.

21A Lei n0 *6.515*, de 26.12.77, passou a chamar o desquite, nas suas duas modalidades, de separaçáo judicial. O

comentarista, porém, mesmo na 2~ edição desta obra, de 1979, falando em *desquite amigável* e *desquite litigioso*, nao foi traído por qualquer descuido porque o nome *desquite* não deixou de designar a instituição jurídica, nem desapareceu do direito positivo, como se colhe em várias normas tv.g., o art. 223 do CC).

Se há especialização de hipoteca legal, dificilmente pode acontecer que haja legitimação de terceiro à oposição, pois o pedido de especialização foi instruído com a prova do domínio dos bens (art. 1.205).

Quanto ao procedimento sumaríssimo, oferecida a oposição antes da audiência,

não se pode negar que incide o art. 50

(apensação aos autos principais, curso simultâneo e julgamento na mesma sentença). Se depois de iniciada a audiência, o art. 60 prevê o procedimento ordinário para a oposição, sem prejuízo da causa principal, mas pode o juiz sobreestar no andamento do processo, por prazo não superior a noventa dias, a fim de julgar a oposição conjuntamente com a oposição e então cabe ao juiz decidir simultaneamente a ação e a oposição, conhecendo desta em primeiro lugar (art. 61). O fato de ter a lei estabelecido o processo sumaríssimo para ações em que a controvérsia atinge coisa ou direito, que o terceiro entende ser seu, de jeito nenhum poderia bastar que se deixasse sem tutela jurídica o terceiro. Quanto às citações, na oposição, serem aos opostos "na pessoa dos seus respectivos advogados" (art. 57), não pode ser argumento contra a oponibilidade nos procedimentos sumaríssimos, porque seria tratarem as causas de grande valor como se fossem menos dignas de cuidado estatal do que as causas de pequeno valor (art. 275, 1), e as causas de arrendamento urbano como inferiores às de arrendamento rural e de parceria agrícola (art. 275, II).

A forma do processo em nada atua quanto à oposição, quer para facilitá-la, quer para dificultá-la. Nas ações executivas de títulos extrajudiciais há oposição regulada pelos arts. 56-61, portanto, nelas, há cognição; apenas se *adiantou* a execução. Nas ações de execução da sentença, a oposição seria, provavelmente, à *execução*, ao mandado do juiz, de modo que tomaria o caminho, bem diferente, que é o da ação do terceiro contra o mandado judicial (ação de embargos de terceiro, arts. 1.046-1.054). Os processualistas têm descurado o estudo da diferença, que é de grande relevância, entre a ação de oposição e a ação de embargos de terceiro. Nas ações executivas de títulos extrajudiciais, tanto pode haver essa quanto aquela (4~ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 9 de maio de 1940, *R.*

*dos T.,* 130, 88), sobre a última. A5~ Câmara Cível da Corte de Apelação do Distrito Federal, a 16 de abril de 1936

*(R.F.,* 67,314), entendeu que, nas ações executivas, não cabe oposição; mas tão absurda afirmação não tinha nem tem apoio em lei, ou em princípios não - escrítos.

Alguns julgados confundem a oposição e a assistência litisconsorcial, ou o

litisconsórcio *(e.g., 1* a Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 30 de março de 1950, *R. F.,* 142, 291): não basta que o opoente queira ajudar ou excluir uma das partes; é preciso que pretenda excluir autor e réu.

j,Qual o momento inicial para se propor a oposição: do despacho da petição inicial ou o da citação? Havemos de assentar que só se inicia com a citação, porque no art. 56 se alude à controvérsia e é com a citação que se angulariza a relação jurídica e a oposição é "contra ambos" autor e réu. No que tange com o último momento, refere-se àquele em que se profira a sentença. O fato de ser proferida pode ocorrer na audiência de instrução e julgamento, ou depois (art.

456), ou em julgamento antecipado da lide (art. 330). Se a sentença foi proferida na audiência, há o termo de que há de constar por extenso a sentença (art. 457). Por isso temos de repelir a interpretação que faz da data da publicação da sentença o último momento. O juiz somente poderia alterar o julgado nas especiais situações do art. 463. j,Como permitir-se que haja oposição depois de proferida a sentença, se teriam de ser julgados simultaneamente (art. 61) a ação e a oposição, conhecendo-se desta em primeiro lugar?

Se a ação pendente é de execução de títulos judiciais ou extrajudiciais, pode haver oposição na ação de embargos do devedor, se o opoente pretende, no todo ou em parte, a coisa ou o direito sobre que se controvertem embargante e embargado. Podem ocorrer dificuldades, porém a lei não cogitou do assunto. Não se diga, tampouco, que, uma ve~

que, na ação executiva de título judicial, já houve sentença, eliminada está a possibilidade de oposição. Ora, se há embargos do devedor, a oposição é nesta ação. Se não os há, quem pretende opor-se não tem outro caminho que o dos embargos de terceiro (art. 1.046), que, no processo de execução, podem ser opostos até cinco dias depois da arrecadação, adjudicação ou remição, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta (art. 1 .048). Quanto aos embargos de terceiro, tanto podem ser opostos na ação executiva quanto nos embargos de devedor, seja de título judicial ou extrajudicial a execução.

No processo executivo, o remédio dos embargos de terceiro senhor ou possuidor pode conter a substância da oposição (cf., para o executivo fiscal, a 2~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 20 de junho de 1950, *R. dos li,* 188, 337).

No art. 56 fala-se de ser permitida a oposição “até ser proferida a sentença”. No Código de 1939, art. 102, apenas estava dito: “Quando terceiro se julgar com direito, no todo ou em parte, ao objeto da causa, poderá intervir no processo para excluir autor e réu”. Pergunta-se: se foi proferida a sentença e houve recurso, ou ainda não transitou em julgado, j,pode o terceiro propor a oposição, que ação é?

Levanta-se a questão quanto ao terceiro que viesse com a oposição na primeira instância22 depois de proferida a sentença. Se o vencido não apelou, houve coisa julgada, e o terceiro não pode apresentar oposição. Se houve apelação, deve-se remeter a oposição ao juízo superior. Se ainda depende de recurso o trânsito em julgado, ~,como há de proceder o terceiro que se julga legitimado à oposição?

O adjetivo “proferida” foi infeliz e havemos de entender que a oposição posterior é da competência do juízo superior.

Antes da coisa julgada, o terceiro não pode ser posto fora.

O terceiro prejudicado pode recorrer (art. 499; antes, Código de 1939, art. 815). j,Como se poderia, razoavelmente, vedar-se-lhe a oposição? A função do juiz da primeira instância termina com a publicação da sentença (art. 563), de modo que, se ainda não houve recurso, tem o terceiro a legitimação para recorrer, se se diz prejudicado (art. 499).

Se houve recurso, a oposição é no juízo superior. Se o que seria objeto da oposição cabe em algum dos casos do art.

1.046 ou no art. 1.047 (ambos sobre embargos de terceiro), contra qualquer medida que os arts. 1.046 e 1.047

prevêem há a ação de embargos de terceiro. O que acima dissemos dá interpretação ao art. 56 que não o faz errôneo.

Restam dois problemas: *a)* Se houve recurso pelo vencido e oposição pelo terceiro; L,como pode o autor na ação em que venceu subordinar-se a não poder pedir a execução provisória, conforme os arts. 587 e 588? O recurso foi recebido no só efeito devolutivo, de modo que não se pode deixar de atender à lei (arts. 587 e 588). Porém havemos de exigir que o vencedor preste caução ao opoente de restituir-se o que apanhou se vencedor na oposição o opoente.

Se o vencido ainda não apelou nem vem a apelar e houve a oposição, temos de admitir que o vencedor na ação pode pedir a execução da sentença (seja de 3, ou de 4 ou de 5 o peso de eficácia executiva), prestando a caução de que falamos, o que já estava assente no que escrevera Manoel Gonçalves da Silva *(Corninentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae,* Tomo 1, 188 e 195) e em que se firmou Manoel de Almeida e Sousa *(Se gundas Linhas do Processo Civil,* 1, 300).

22Pontes de Miranda continuou, corretamente, usando o substantivo *instância,* no sentido de grau de jurisdiçáo, mesmo depois da vigência do Código, que o aboliu, não por errôneo, conforme supuseram pessoas desinformadas.

que passaram a evitá-la com injustificado escrúpulo, mas por equivoca, como já informara a exposição de motivos do Anteprojeto de Alfredo Buzaid (II, l4). A palavra, no significado aludido, foi reintroduzida no CPC pela redaçáo que o art. 10 da Lei n0 8.950, de 13.12.94 deu ao art. 539, 1 e II, a. repetindo os arts. 102, II, de lOS, II, *b,* da Constituiçáo.

Há muito tempo, desde, por exemplo, João Rodrigues Cordeiro *(Dubitationes luris in Foro frequentes,* 44) e outros, respondiam os juristas portugueses as perguntas: “Utrum admittatur oppositis super proprietate in causa spolii?”;

“Quando tertius interveniens, non de proprietate, sed tantum de possessione excipit, et dicit se fuisse possesorum, et non illum qui possessorio egit?”; “Si ius tertii intervenientis, esset connexum cum iure spoliatoris?” Quanto aos bens da sucessão adveio o Alvará de 9 de novembro de 1754, que reforçou a afirmativa de caber oposição.

Quanto às ações possessórias, havia quem só admitisse a oposição se ordinário o procedimento possessório, de modo que só poderia propor a ação ordinária fora do processo da ação possessória *(e.g.,* Samuel Stryk, *Opera Omnia, X*

Disp. 3, *de iudiciispossessoris,* C. 4, n0 38). Mas J. H. Boehmer *(Exercitationes ad Pandectas,* exc. 90, c. 3, ~ 14) mostrou que o terceiro pode entrar com a oposição quer seja ordinário ou não o procedimento possessório. As outras questões foram postas de lado.

Se a decisão não admite o opoente, inclusive dizendo que o caso é de

litisconsórcio, ou de assistência litisconsorcial, o recurso, hoje, é o de apelação (antes, cf. 6~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 25 de maio de 1951, *D. daJ.*, de 30 de agosto de 1952).

Não há óbice à propositura da oposição se apenas se trata de rito especial. Quanto às ações possessórias, há, de regra, apreensão judicial, portanto o que cabe são os embargos de terceiro (art. 1.046).

Se a pessoa apenas quer excluir uma das partes na ação principal não tem legitimação à oposição. Quem se opõe não quer que a sentença na ação principal não seja favorável ao autor nem ao réu. Se não foi admitida a oposição, isso não obsta a alguma certa atitude, como a de litisconsorciação, a de assistência e a de terceiro embargante. Se a ação é de reivindicação cabe a oposição. Não, se se trata de vindicação de posse, salvo se o fundamento é o de direito à coisa e à posse.

Se há precatória, não é no juízo deprecado que se pode oferecer oposição, mas sim no juízo deprecante, que é aquele em que se há de proferir a sentença.23

23 Admitida a oposição nos embargos do devedor, será ela oferecida no juízo deprecado, se ali foram opostos embargos versando apenas vícios ou defeitos da penhora, avaliação ou alienação de bens, porque, nessa hipótese, será aquele órgão e não o deprecante o competente, conforme a redação que o art. 1” da Lei n0 *8.953*. de 13.12.94, deu ao até então enigmático art. 747 do CPC.

O opoente sustentará as suas razões em primeiro lugar, seguindo-se-lhe os opostos, cada qual pelo prazo de vinte minutos (art. 454, § 20). Todavia, podem ser invocadas as regras juridicas sobre prorrogação e divisão do prazo.

É absurda a afirmativa de que o indeferimento da petição inicial na oposição é decisão interlocutória, porque se trata de intervenção de terceiro, e o recurso seria o de agravo de instrumento (inadmissível o que escreveu Arruda Alvim, *Código de Processo Civil Comentado*, III, 175 s.). No art. 267, 1, está dito que se extingue o processo sem julgamento do mérito quando o juiz indeferir a petição inicial e no art. 269, 1, com julgamento do mérito, quando o juiz rejeita o pedido do autor. O recurso é sempre o da apelação (art. 513, que remete aos arts. 267 e 269).24

2. Oposição parcial de terceiro Resolvida a questão de poder ser admitida a oposição processual pelo terceiro somente quanto a parte do objeto da demanda, cessaram as discussões do direito anterior a 1939. Aliás, a jurisprudência tendia para o reconhecimento da oposição parcial *(e.g.,* o antigo Conselho de Justiça do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, Reclamação n0 36, de 26 de agosto de 1932).

j,Qual a figura que fica *fora* da figura do opoente? A permissão da oposição parcial suscita essa questão, de valor prático enorme, pois envolve e precede a de poder o mesmo sujeito opor-se e revestir a figura de um dos "terceiros" que estão em coerência de interesses com alguma das partes. Se

o terceiro só se opõe quanto a parte do objeto da demanda, quer quanto ao pedido do autor e contradição do réu, quer quanto ao pedido do réu na reconvenção e contradição do autor, é porque o resto do objeto: *a)* ou não lhe interessa; *b)* ou está de acordo com uma das partes e apresenta com ela, nessa parte, comunhão de direitos ou obrigações, conexão de causa, afinidade de questões, mesmidade de fundamento; *c)* ou a relação entre ele e uma das partes quanto ao resto do objeto é a de quem dela houve o seu direito ou o que pretende seja o seu direito; *d)* ou a relação entre ele e uma das partes, quanto a esse resto de objeto, é a de coexistência de posses diferentes; *e)* ou já existe a favor dele coisa julgada quanto a esse resto. No caso *a),* o opoente intervém quanto à parte que lhe interessa, e é estranho a tudo mais que se discuta: o processo ignora-o, e ele ignora o processo. No caso *b),* o Se se tratar de indeferimento da inicial da oposição, pode o próprio juiz reformar sua sentença, consoante a redação dada ao art. 296 pelo art. 10 da Lei n0 8.952. de 13.12.94, que, nesse caso, admite a retratação.

DA INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

opoente quanto a parte do objeto *também* está em situação objetiva e pode estar em situação subjetiva para ingressar no processo como litisconsorte, na figura que corresponder à sua situação objetiva. Nada obsta a que a mesma pessoa se oponha em parte e se litisconsorte em parte, uma vez que essas partes sejam separáveis. No caso *c),* a despeito de poder assumir ou de ter assumido a posição processual de opoente, pode ser chamado ao processo. No caso *d),* a despeito da sua posição de opoente eventual ou efetivo, está exposto a ser nomeado à autoria. A oposição a parte do objeto não exclui a litisdenunciabilidade da

mesma pessoa. No caso *e),* a sua atitude poderia ser a de opoente total. Se não no quis, foi porque alguma razão pessoal teve para isso. Se não alegou a coisa julgada, é possível que, ignorando-a, o juiz profira sentença que discrepe dela (ver notas aos arts. 468 e 485, IV). Se a ela aludiu, sem produzir a oposição processual, apenas informou.

3.Conceito de terceiro O terceiro "pode" opor-se. Mas terceiro é termo universal, *a) j,Quid iuris,* se outra pessoa aparece que tem interesse contra as duas partes do processo primitivo? E *outro* opoente, no mesmo plano que esse, litisconsorte, ou não desse. Porque no processo da oposição, que é processo como qualquer outro, se pode dar litisconsórcio , ou apenas intervenção adesiva, chamada ao processo pelo autor opoente ou pelo réu da ação primitiva como réu da oposição, nomeação à autoria, etc. *b) ~,Quid iuris,* se outra pessoa se opõe às duas partes e ao opoente?

Aqui começa a série de opoentes no mesmo plano. A questão de técnica legislativa foi resolvida, no direito brasileiro, pelo antigo Código de Processo de Pernambuco, art. 409, que permitiu a sucessão de opoentes-opostos, enquanto não se profere sentença irretratável, quer dizer, decisão não suscetível de reconsideração pelo mesmo juiz. No silêncio do Código de Processo Civil de 1939, que aliás prefigurara tal sucessão no chamamento à autoria (art. 95, ~ 30) teve-se de admitir. *De lege ferenda,* é errado negar-se-lhe acolhida. *De lege lata,* a nova lei não a vedou (com razão, no direito anterior Pedro Batista Martins, *Comentários,* 1, *312),* e são tão permitidos os novos opoentes do mesmo plano quanto os novos opoentes de diferentes planos. Não há limite a quantidade de opoentes-opostos, quaisquer que sejam.

O mesmo pensamento há de ser o de hoje, após o Código de 1973.

O novo opoente vai contra demandante e demandado, ou contra eles e o opoente. Seria absurdo que, tendo havido oposição por C, não pudessem opor D, E, F ou qualquer outra pessoa. Se as oposições foram oferecidas antes de iniciada a audiência, há o apensamento de todas elas, correndo simultaneamente com a ação e sendo a ação e as oposições julgadas na mesma sentença. Oferecida a primeira antes de iniciar-se a audiência e a outra ou as outras depois, aquela terá a apensação prejuízo da causa inicial, dita na lei "principal". Se a primeira e as outras oposições foram oferecidas após ser iniciada a audiência, o tratamento é igual. Todavia, pode o juiz sobreestar no andamento do processo, por prazo

nunca superior a noventa dias, a fim de julgar a ação conjuntamente com todas as oposições , ou alguma ou algumas delas.

A oposição é ação, cujo processo tem de ser registrado e distribuído por dependência (art. 57). Competente é sempre o juiz da causa principal, salvo se é a União que se faz opoente (Constituição de 1967, com a Emenda n0 1, art. 125, f),2~ ou se há regra jurídica de competência para alguma entidade estatal. Assim, se é a União que faz a oposição, há a remessa da ação principal ao juízo competente para a oposição.

Na oposição pode ocorrer litisconsórcio, quer ativo, quer passivo, e até mesmo litisconsórcio necessário (art. 47).

Se foram apensadas duas ou mais oposições e se têm de julgar simultaneamente, na mesma sentença, para a ordem do julgamento tem-se de partir da primeira oposição, obedecendo-se a data de cada uma, pois só após julgadas todas as oposições é que se julga a ação principal. Se as oposições são às oposições, ~,como se há de proceder? ~Julgam- se primeiro, pela ordem dos oferecimentos, as necessárias oposições? Não: para cada oposição a oposição, a causa a que se opõe outra causa é causa principal, de modo que se há de inverter a ordem, porque a oposição *a* passou a ser açao e a oposição *b* também, de modo que se há de julgar primeiro a última oferecida e depois a penúltima (que passou frente àquela, a ser ação) e assim para atrás, até que se possa julgar a ação principal. O que cumpre é que nunca se confundam com oposições sucessivas à mesma ação as oposições necessárias umas às outras. O tempo, ai, tem grande relevância pela inversão.

Se as oposições foram à ação principal, e não a ação-oposição, e todas anteriores ao inicio da audiência, houve apensação e o julgamento é na mesma sentença. Se as oposições foram a mesma oposição ou às sucessivas, tem o juiz de julgá-las na mesma sentença, devido à previedade do julgamento da oposição. Se as oposições foram posteriores à audiência da ação principal, então não há de ser subordinado o julgamento da ação principal a tais julgamentos. Tem de ser julgadas se é ode ter sido antes da audiência o oferecimento da primeira oposição e posteriores os oferecimentos das oposições à oposição, pois a ação principal não pode ser prejudicada.

Se todas foram à ação principal, só as que foram anteriores à audiência é que têm

de ser julgadas antes da ação principal.

O opoente, ao levar a despacho a petição inicial de oposição , pode apresentar exceções de impedimento ou de suspeição, porque é a primeira oportunidade que tem para falar nos autos, observado o art. 138, ~ 1'~. Quanto à incompetência absoluta, se não foi declarada de ofício, nem alegada na ação principal, pode o opoente apontá-la na petição inicial, ou em qualquer tempo e grau de jurisdição, independente de exceção (art. 113).

Declarada a incompetência absoluta, são nulos apenas os atos decisórios e os autos da ação principal e os da oposição são remetidos ao juízo competente (art. 113, § 20). A incompetência relativa, que é assunto para exceção (art. 112), não pode ser alegada pelo opoente.

Da sentença que não admite a oposição, julgamento que é de indeferimento da petição inicial (art. 267,1), cabe apelação (art. 51 3),26 e não, como se tem dito, agravo de instrumento.

*Art. 57. O opoente ')deduzirá o seu pedido* 2> *observando os requisitos exigidos para a propositura da ação <arts.*

*282 e 283). Distribuída a oposição por dependência ~>, serão os opostos citados, na pessoa dos seus respectivos advogados ~>, para contestar o pedido no prazo comum de quinze (15) dias* 5>~

*Pará grafo único. Se o processo principal correr à revelia do réu ~), este será citado na forma estabelecida no Título V, Capítulo IV, Seção terceIra, deste Livro.*

1. Processo da oposição de terceiro A *oposição-processo* é o reflexo processual da *oposição-ação.* O processo começa pela petição, com os requisitos dos arts. 282 e 283. Em tudo mais, a oposição é processo como os outros, sendo os contactos entre eles e o processo principal simplesmente

superficiais ou materiais, exceto quanto à sentença a que se apliquem os arts.59e6l.

2.Tempo em que se propõe a oposição de terceiro Cumpre se distingam três casos: *a)* a oposição proposta antes da audiência de instrução e julgamento; *b)* a

oposição proposta no curso da audiência, antes de ser proferida a sentença; *c)* a oposição proposta depois da audiência, portanto quando já proferida ou a proferir-Se a sentença. No caso *a),* a oposição será apensada aos autos da ação, quer dizer, os processos das duas ações não se fundem, e a apensação é por economia processual~ eficácia e conveniência de uniforme realização do direito objetivo. Compreende-se que isso se permita, pois as partes ainda não produziram as provas orais. No caso *b),* a oposição corre em auto apartado, se bem que para a sentença se possam reunir os processos. No caso *c),* a oposição corre em apartado, sem a possibilidade de sobreestamento do processo~ e sem proferimento da mesma sentença nos dois processos~ uma vez que a sentença da ação vai ser proferida ou já foi proferida. Só na instância superior caberá aplicarem-se os arts. 59 e6l.

3.Curso do processo apensado ou em auto apartado A oposição corre em auto apartado sempre que não foi proposta antes da audiência, podendo o juiz sobreestar no processo conforme art. 60. Se foi proposta antes da audiência, apensaram-se os autos ao da ação inicial.

4.Citação na pessoa do advogado O art. 57, que não tinha correspondente no Código de 1939, diz na 2~ parte, que, na oposição, os opostos são citados, na pessoa dos seus respectivos advogados, para a contestação, no prazo comum de quinze dias. Dá-se o mesmo no tocante à reconvenção (art. 316),27 pois também não o tinha o Código de 1939. Com isso, o Código de 1973 criou exceção ao princípio de ter de ser citado o demandado.

Assim, supôs-se que o advogado da parte está com os poderes, em virtude da lei (arts. 57 e 316), para receber citação, em se tratando da *oposição* (arts. 56-61) ou de reconvenção (arts. 315-3 18).

Os arts. 57 e 316 abrem exceção ao que se estatui no art. 38, quanto a citação inicial, devendo-se entender que foram novas ressalvas: a citação inicial passou a ser feita nos advogados dos opostos e dos reconvindos, por se tratar de ligação de nova relação jurídica processual à que já estava criada

Idem quanto aos embargos do devedor (art. 740). e na qual já havia a função do advogado. Na oposição ou na reconvenção, o que o advogado citado não pode fazer é confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre que se funda a ação, receber, dar quitação e firmar

compromisso.

*5.* Contestação e exceções Os opostos têm de manifestar-se em contestação no prazo de quinze dias. Também podem excepcionar ou reconvir. Não se pode negar aos opostos, ou a algum deles, ou a alguns deles, a legitimação a reconvir.

As exceções de litispendência e de coisa julgada podem ser exercidas contra o opoente: ou o que se opóe já foi objeto de ação pendente entre o opoente e as partes; ou o que se pede na oposiçáojá foi conteúdo de sentença trânsita em julgado.

*6.* Citação e oposição Distribuída, por dependência, a petição do opoente, têm de ser citados os opostos, demandante e demandado da ação inicial, na pessoa dos respectivos advogados, o que a lei estabeleceu para que não se tivesse, necessariamente, de citar a pessoa do demandante e a do demandado. Mesmo o réu sendo revel, as citações têm de ser feitas aos demandados, respeitados os arts. 213-233.

Se são muitos os opoentes, j,qual a ordem em que falam no processo? Entendia-se que primeiro havia de falar, nas razões, o último, depois o penúltimo, depois o antecedente, *et sic deinceps,* finalmente o autor e o réu (Manuel Madeira de Sousa, *Alegações sobre a Casa do Aveiro,* Manuscrito, 7, n0 13). Com isso se colimava saber-se o que por último se opôs argúía contra autor-oposto, contra réu-oposto e contra os que antes intentaram oposição. De certo modo, com razão porque é preciso conhecer-se antes o que os últimos alegaram, tanto mais quanto a oposição pode atingir a todos ou a algum ou alguns dos que antes se manifestaram e há de atingir a autor-oposto e o réu-oposto.

Se o terceiro interessado acha que, ganhando o réu, estaria satisfeito o seu interesse, está legitimado a litisconsorciar-se (arts. 46-49) ou intervir no processo como assistente (arts. 50-55). Dá-se o mesmo se o terceiro interessado seria beneficiado pela vitória do autor, pois ai ou há litisconsorciabilidade ou intervenção como assistente.

Citados autor e réu, ou autores e réus na oposição, a angularidade da relação jurídica processual iniciou-se. Sem as citações, não haveria eficácia para isso (o termo “validade” do processo, no art. 214, é impróprio); mas o comparecimento espontâneo de qualquer oposto, autor ou réu, supre a falta da citação (art. 214, §

10). Se algum dos opostos comparece apenas para

argúir nulidade e é decretada, tem-se por feita a citação na data em que ele ou seu advogado for intimado da decisão (art. 214, § 20).

*Art. 58. Se um dos opostos* 2) *reconhecer a procedência do pedido* ‘), *contra o outro prosseguirá o opoente*.

1.Reconhecimento da procedência do pedido Se o demandante ou o demandado, diante da petição que o opoente fez, reconhece que esse tem o direito, e a outra parte, não, contra o que não reconheceu o pedido continua o processo, de modo que, em vez de ação de C contra A e B, a oposição passa a ser ação de C contra A, ou contra B.

A regra jurídica do art. 58 não existia no Código de 1939. Se, na contestação à ação de oposição, um dos opostos reconhece a procedência do pedido do opoente, têm de ser os autos levados ao juiz para que aprecie o reconhecimento por um dos opostos, ou alguns deles, e determinar que não prossiga contra o reconhecente ou contra os reconhecentes a oposição. Se o reconhecente é o autor-oposto, há algo que só se refere ao opoente, e não ao réu-oposto, de modo que tudo se reduz a continuar a ação principal e a oposição contra o réu-oposto. Tudo só se passa no plano da relação jurídica processual. Se foi o réu-oposto que reconheceu a procedência do pedido do opoente, não se há de entender que o juiz tem de proferir sentença sobre o mérito (art. 269, II). O reconhecimento pelo réu-oposto apenas o põe fora da lide. Uma sentença a respeito poderia ter contra si a sentença que se proferisse quanto à ação principal (autor, réu).

Tem-se interpretado o art. 58 como se o reconhecimento descesse ao mérito. Ora, nele somente se diz que contra o outro oposto prosseguirá o opoente. A ação principal continua, sem alteração no seu curso; a oposição não cessa, e apenas, em vez de ter como opostos o autor da ação principal e o réu da ação principal, passa a só ter curso demandado na oposição o oposto que não reconheceu. A eficácia do reconhecimento, aí, e só processual. Pense-se em que, a despeito de ter cessado o procedimento entre o opoente e o reconhecente, pode o juiz julgar a oposição (antes, talvez, da ação principal, confirma o art. 61), proferir sentença que negue qualquer direito do opoente, o que ficaria de todo contra o que o autor-opoente ou réu-opoente reconheceu. Assim é absurdo se atribuir eficácia de coisa julgada contra o oposto não-reconhecente a acolhida do reconhecimento

pela outra parte da ação principal. O principio que está no art. 58 é princípio concernente ao exercício da pretensão à tutela jurídica. O oposto que reconheceu o que alegou o opoente apenas se afastou da lide. Se o oposto reconhecente perdeu na ação principal, o vencedor não ficou vinculado ao reconhecimento, na oposição, feito pela outra parte. Se o oposto reconhecente ganhou, nada tem isso, ainda que não aproveite ao opoente, com o reconhecimento na oposição. O reconhecimento por um dos opostos, na oposição, apenas basta como dado probatório para qualquer outra ação entre o ex-opoente e o ex-oposto. Têm sido citados textos alemães para se afirmar que a acolhida ao reconhecimento, na oposição, produz coisa julgada quanto à ação principal. De modo nenhum. Se foi julgada antes a oposição, sim; não se apenas foi excluido do processo da oposição o oposto reconhecente.

Se o autor-oposto reconhecer a procedência da oposição, o opoente pode desistir da oposição, mas, se decorrido o prazo para a resposta, somente pode desistir com o consentimento do réu-oposto (art. 267, ~ 4v). Dá-se o mesmo se o reconhecimento foi por parte do réu-oposto, porque, na oposição, autor-oposto e réu-oposto são réus. Se o réu-oposto reconheceu o direito do opoente, mas, na ação principal, já decorrera o prazo para a resposta ao autor, esse não pode desistir da ação principal, sem consentimento do réu.

O reconhecimento por parte do réu-oposto ou mesmo do autor- oposto não tem consequências dentro do processo entre autor-oposto e réu-oposto. Somente com o julgamento da ação principal é que se vai saber, por exemplo, a quem se vai entregar a coisa ou reconhecer-se o direito, salvo se julgada antes a oposição. Em tudo isso o que se tem de levar em consideração é que o reconhecimento pelo autor-oposto ou pelo réu-oposto só tem efeitos no plano processual. A sentença na oposição ou na ação principal pode afastar qualquer valor probatório do reconhecimento, porque pode a parte que não reconheceu ter a seu favor a sentença que feito a mesma para a oposição e a ação principal, ou, sendo duas, ter-se de atender às suas conseqüências .

2. Pluralidade de opoentes Se há dois ou mais opoentes, e a todos reconhece o direito o demandante, ou o demandado, a relação jurídica passa a ser entre os opoentes e aquele figurante da relação jurídica processual que não reconheceu. Se só foi reconhecido o direito de um dos opoentes, a mudança é só relativa à resposta dele, porque os outros continuam na situação em que se achavam. Tudo isso também se dá se a oposição é a opoente, demandado e demandante, porque

o reconhecimento pelo demandado ou pelo demandante ou pelo que se fez opoente apenas desliga esse da relação jurídica processual.

O fundamento do art. 58 consiste em que o reconhecimento da procedência do pedido retira a *res in iudicium deducta.*

Mas, pergunta-se, se um ou dois ou mais dos opostos reconhecem ser procedente o pedido; j,tem *a)* o juiz de julgar a ação no tocante ao reconhecente ou aos reconhecentes, ou *b)* apenas cessa o procedimento, quanto a ele ou quanto a eles, sem julgamento implícito do mérito, ou *c)* com julgamento do mérito? A solução *a)* atenderia ao art. 269, II, em que se diz extinguir-se o processo com o julgamento do mérito quanto o réu reconhecer a procedência do pedido. A solução *b)* estaria inclusa no art. 267, XI, onde se prevê a extinção do processo sem julgamento do mérito "nos demais casos prescritos neste Código". São exemplos os casos dos arts. 13, 1 e III, 47, parágrafo único, e 285, § 20, ía parte. O inconveniente da solução *c)* seria o de, por vezes, o reconhecimento servir ao opoente, mas de certo modo poder ficar em contradição como que se julgar em relação ao outro oposto. Mais: não houve decisão .

O reconhecimento do pedido por um só dos opostos não basta para se ter por extinto o processo quanto ao outro oposto. Assim, se A e B são autor e réu em ação de reivindicação, ou de vindicação da posse, ou em ação possessória em geral, e advém oposição por C, na qual diz ser proprietário ou ser possuidor, e A, autor, reconhece o direito de propriedade ou a posse de C, a ação somente continua contra B e em que é autor C, opoente, uma vez que a atitude de A deu ensejo a que saisse da relação jurídica processual da oposição. Se foi B o reconhecente, diante de C, a oposição persiste contra A, sem que B saia da relação jurídica entre A e B. A oposição foi ação contra os dois figurantes da relação jurídica existente (autor-oposto, réu-oposto). O que temos de examinar é a eficácia do reconhecimento diante do opoente, e não entre os dois figurantes da relação jurídica processual, em que estão autor-oposto e réu-oposto.

Temos, pois, de voltar ao problema liminar.

t?,Basta o reconhecimento sem advir decisão do juiz? De modo nenhum. Tem-se de atender a que não se extingue um processo, mesmo quanto a determinado figurante, sem que haja decisão. Simples despacho não seria admissível. Não se trata, sequer, de mera questão incidente, de jeito que há sentença, porque se trata

de apreciação do mérito. O art.

269, II, é que rege a espécie, devendo ser caso de apelação. Ponhamos fora, portanto, a solução *b)* e a solução *c).* A solução *a)* é que se impõe. j,Como se poderia saber do que ocorreu sem a apreciação pelo juiz? Não importa quem foi que reconheceu: se foi o autor-oposto ou o réu-oposto. Tudo ocorre na ação do opoente, na *oposição* A despeito da oposição ser uma só ação, ela se dirige contra os figurantes da outra ação. Trata-se de litigantes considerados, em suas relações com a parte adversa, como distintos (art. 48): os atos e as omissões de um não prejudicam nem beneficiam o outro ou os outros. Uma das consequências está no que se estatui no art. 58.

Quanto à eficácia do julgado quanto ao reconhecimento pelo autor-oposto, ou pelo réu-oposto, há entre opoente e oposto coisa julgada.

*Art. 59. A oposição, oferecida antes da audiência* 1), *será apensada aos autos principais* 2) *e correrá simultaneamente com a ação, sendo ambas julgadas* 4) *pela mesma sentença* 3)~

1.Oposição oferecida antes da audiência O art. 59 supõe que o terceiro tenha oferecido a oposição antes da audiência; portanto, ou logo após a criação da relação jurídica processual, ou logo após à angularização, que é efeito da citação, ou em qualquer momento posterior até que se inicie a audiência. No art. 59 diz-se que “a oposição, oferecida antes da audiência, será apensada aos autos principais”, de modo que, *de jure condito,* havemos de entender que esse último momento é aquele anterior à abertura da audiência, e não o anterior ao da designação da audiência de instrução e julgamento (art. 277). Ao abrir-se a audiência já devem estar apensados aos autos da ação principal os da ação de oposição. *(De jure condendo,* teria sido melhor que a lei exigisse, para a apensação, o oferecimento da oposição *antes* da data da audiência ou depois da citação do réu, para a audiência).

Tem-se tentado interpretar o art. 59, como se entendia, às vezes, sob o Código de 1939, art. 103, § ]0 que a regra jurídica sobre apensação só incide se a oposição ocorre no dia anterior à data da audiência. De modo nenhum: “antes da audiência” não é o mesmo que “no dia anterior à audiência”. Enquanto não se abre a audiência é possível apresentar-se a oposição a ser apensada aos autos principais. Pense-se em que pode acontecer mais: a audiência foi adiada ou a

suspensão do processo.

Tem-se dito, mesmo em julgados, que a oposição apresentada no dia da audiência, antes de se ter iniciado, é oposição regida pelo art. 60. Ora, o art. 59 fala de oposição "oferecida antes da audiência" e o art. 60 de oposição "oferecida depois de iniciada a audiência", de modo que seria péssima interpretação se lêssemos isso como se lá estivesse

"oferecida antes do dia da audiência" e "oferecida no dia da audiência ou depois". O que importa éque o juiz, ao despachar, verifique se há tempo para a apensação e citação dos opostos, que é na pessoa dos seus advogados. *(De legeferenda,* seria mais prudente que se houvesse atendido a que a audiência deveria ser após o prazo para a contestação. Mas isso não está na lei, nem se pensou em que, mesmo se oferecida dias antes da audiência, foi dado o prazo comum de quinze dias para a contestação.) O problema relativo aos quinze dias, que é o prazo comum para a contestação, é sem relevância, porque, oferecida a oposição antes da audiência (art. 59), o que seja de entender é que, com a apensação e a necessidade de serem ouvidos os advogados, tem de ser adiada a audiência. O despacho que recebeu a oposição como "oferecida antes da audiência", explícita ou implicitamente tem de dizer que houve o adiamento. Não se pode admitir que se apense a oposição aos autos principais e ela corra simultaneamente com a ação, se ainda tem de ser ouvidos, em contestação, com o prazo comum de quinze dias, os advogados dos opostos (art. 57).

Se são dois ou mais os opostos-autores ou dois ou mais os opostos réus, o prazo é comum a todos não importa qual o rito processual da ação principal, sejam ou não os mesmos os advogados das partes citadas. De modo nenhum se há de invocar o art. 191 em que se diz serem contados em dobro os prazos para contestar, recorrer e, de modo geral, falar nos autos, quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores. Estamos no plano da oposição e não no da ação principal em que haja litisconsórcio ou litisconsórcios.

Não se diga que a oposição somente pode ser após a citação do réu. O opoente pode apresentar logo após o despacho da petição inicial, com a apensação. Quando se propõe oposição algo há de controvertido, razão para não se poder exigir já ter sido contra a petição inicial a manifestação do réu. O opoente pode exercer a sua ação mesmo que há tenha havido resposta do réu favorável ao autor. Não se dê demasiado alcance ao art. 56, cuja palavra "controvertem" não

estava no Código de 1939, art. 102. A oposição pode ser contra autor e réu, ainda que esse haja reconhecido o direito do autor. A citação do réu pode ser mesmo antes da sua resposta.

Não se diga que é indispensável ter havido resposta do réu, uma vez que o art. 56 fala de "direito sobre que controvertem autor e réu". A própria resposta em reconhecimento do direito do autor não veda que o opoente exerça a pretensão à tutela jurídica. Tal hipótese não dificultaria, sequer, a julgamento simultâneo da ação e da oposição *(e.g.,* B reconheceu o direito de A e exatamente C nega tal direito, ou até mesmo afirma que B tinha direito contra A, a despeito da sua atitude a favor de A). No art. 58 está que, se um dos opostos reconhece a procedência do pedido do opoente, contra o outro é que prossegue o opoente. Aí, o que se imagina é que B reconhece o direito de C e a oposição persista contra A e não que B reconheça o direito de A, caso em que a oposição continua contra A e B.

Posto que a oposição vá contra as duas partes, demandante e demandado, que são opostos, réus na oposição, pode dar-se que o oposto-autor reconheça o pedido do opoente, e não o oposto-réu, ou que o reconheça o oposto-réu, e não o oposto-autor. Então, o processo prosseguirá contra o que não reconheceu. Tem de haver sentença do juiz a respeito, para que, quanto ao reconhecente, se entenda que se extinguiu o processo, a respeito do oposto que reconheceu, com julgamento do mérito (art. 269, II). Daí a *res judicata* que se opera quanto ao opoente e o oposto-reconhecente. Tal sentença é suscetível de ação rescisória, com base no art. 485, VIII, onde se fala de "confissão", mas no conteúdo está o "reconhecimento" de que falam os arts. 58 e 269, II. A oposição foi contra os dois, autor e réu, na ação proposta, de modo que há litisconsórcio deles, porém de jeito nenhum unitário. A sentença na oposição pode *a)* ser favorável ou desfavorável ao opoente contra os dois opostos, ou *b)* somente favorável ou desfavorável no tocante a um dos opostos. A sentença na hipótese *b)*, não tem eficácia de coisa julgada contra o oposto ou contra os opostos que não reconheceram, razão por que a sentença do juiz, a propósito desse ou desses, pode ser, completa ou parcialmente, colidente com o que o juiz admitiu diante do reconhecimento. Assim, não se pode dizer que no processo principal se tenha sempre de julgar o que se julgou na oposição, ou vice-versa. Não importa se foi a oposição julgada antes, ou se a ação e a oposição foram julgadas simultaneamente. O reconhecimento é um dos possíveis exemplos.

2. Apensação aos autos principais Oferecida a oposição antes da abertura da audiência (portanto, antes de o juiz abrir a audiência, que não se realizará em prazo inferior a dez dias contados da citação do réu, art. 278), tem de haver a citação do autor e do réu, porque a ação do opoente é contra ambos (art. 56), de modo que a angularidade só se inicia com as citações do autor e do réu, com o prazo comum de quinze dias (art. 57, 2~ parte). Por onde se vê que o requisito de ser anterior à abertura da audiência faz pressuposto necessário para a incidência do art. 59 ter havido tempo para o despacho da petição de oposição, para as citações e o prazo é o comum de quinze dias.

3. Mesma sentença Uma vez que houve a apensação e o procedimento simultâneo, a sentença há de ser uma só, com observância do art. 61.

O julgamento pode ser de acolhimento de toda a oposição, ou só em parte, ou de rejeição total dos pedidos do opoente.

Se a oposição é julgada pela mesma sentença em que se julga a ação principal, qualquer parte relativa àquela é suscetível de recurso, como o é qualquer parte concernente a essa. Pode surgir o problema de haver divergência ou contradição no que julgou quanto ao opoente e no que se julgou quanto ao autor da ação principal. Essa circunstância não afasta qualquer cabível recursabilidade, mas, antes de qualquer recurso, uma vez que se trata de julgamento de mérito, ou *a)* apenas se trata de inexatidão material ou de erro de cálculo, o que dá ensejo a correção ou a retificação de ofício ou a requerimento da parte (art. 463,1), ou *b)* o assunto é para embargos de declaração, por haver obscuridade, dúvida ou contradição, ou por se haver omitido ponto sobre que se devia pronunciar a sentença (art.

464).2t Tais embargos têm o prazo de quarenta e oito horas, contados da publicação da sentença, com suspensão do prazo para a interposição de outro recurso por qualquer das partes (art. 465, parágrafo único).29 Havendo recursos, que hão de atingir os dois pronunciamentos colidentes, havemos de entender que tem de ser julgado primeiro o recurso relativo à parte da sentença sobre o pedido do opoente e depois o que se refere à sentença sobre o pedido da ação principal. Aí, por analogia, é invocável o art. 61.

Se há pluralidade de opoentes, raramente podem todos ter sentença favorável nos pedidos inteiros, porém não é de supor-se impossível, porque os pedidos dos

opoentes, somados, podem caber no pedido do autor da ação, ou no que o réu pôs na contestação ou na reconvenção. Às vezes, um dos opoentes ganha, e outro não; ou alguns ganham, e os outros não. De qualquer modo, tem o juiz de examinar, detidamente, todas as questões que haviam surgido e as que, depois, surgiram com a oposição, ou as oposições . Mesmo porque a sentença há de ser a mesma, uma vez que houve a apensação.

4. Antes da abertura da audiência Se a oposição foi feita antes da abertura da audiência, há apensação dos autos aos autos da ação inicial e é simultâneo o processo; quer dizer: os atos processuais têm de ser praticados no mesmo tempo, embora em autos apenas ligados pela apensação. Ao art. 464 foi expressamente revogado pelo art. 30 da Lei no 8.950, de 13.12.94. O art. l~ dessa lei reformulou os arts. 535 e 536 do Código, para se admitirem os embargos, tanto na primeira instância quanto nos tribunais, nos casos de obscuridade, contradição, ou omissão, suprimida a hipótese de dúvida, porquanto esta é reação subjetiva, não podendo estar contida no pronunciamento judicial.

29Pelos arts. 536 e 538, respectivamente. com a redação que lhes deu o art. 1º da lei citada na nota anterior, os embargos declaratórios se opõem no prazo de cinco dias e interrompem o prazo para a interposição de outros recursos por qualquer das partes. Determinando a interrupção, e não mais apenas a suspensão, o art. 538 faz com que, julgados os embargos, o prazo se restitua por inteiro.

chegar-se à sentença, tem o juiz de julgar a ação e a oposição, mas a essa tem de conhecer em primeiro lugar.

A sentença é a mesma, com dois conteúdos, mas só após decidir sobre a oposição pode o juiz julgar a causa, em que apareceu opoente antes da abertura da instância. Se houve dois ou mais opoentes, com apuração dos autos, as operações são objeto “em primeiro lugar” da mesma sentença.

Segundo o art. 60, 2a parte, mesmo se a oposição tem procedimento sem apensação, pode o juiz sobrestar no andamento do processo, por prazo nunca superior a noventa dias, e julgar, conjuntamente, a oposição e a ação.

Oart.61 incide.

*Art. 60. Oferecida depois de iniciada a audiência ‘*), *seguirá a oposição o*

*procedimento ordinário, sendo julgada sem prejuízo da causa principal. Poderá o juiz, todavia, sobrestar no andamento do processo 3), por prazo nunca superior a noventa (90) dias, afim de julgá-la conjuntameni'e com a oposição* 2) 1. Oposição após iniciada a audiência A lei não distinguiu qualquer momento da oposição se já se iniciou a audiência. Exigiu o procedimento ordinário e prosseguimento dos atos como se faz mister, sem ligação com a causa inicial, que de modo nenhum pode ser prejudicada, salvo se o juiz sobrestar no andamento do processo, para o julgamento comum (que, aliás, há de obedecer o art. 61). O prazo fixado é improrrogável e irrenovável. Se houve duas ou mais oposições, o prazo de noventa dias é comum, razão por que tem o juiz de pesar com cuidado os fundamentos para o sobrestamento. Interpretar-se que o prazo poderia ser a favor de cada opoente seria absurdo.

Convém que seja menor do que aquele que se considerou o máximo.

Seja como for, proposta antes da audiência ou depois, a oposição é outra ação, autônoma, mesmo se tem de serjulgada na mesma sentença (art. 59). Por isso, dera-se-lhe o nome de intervenção principal, *Hauptintervention.* Não se deve dizer que há cautelaridade ou preventividade na oposição, porque seria dar-se à preventividade ou cautelaridade sentido amplíssimo. O opoente apenas pretende, no todo ou em parte, algo sobre que controvertem autor e réu, e a pendência da ação entre eles dá ensejo a que o terceiro entenda ser o momento para a propositurada sua ação, e compreende-se que o Código de 1973 tenha imposto ao juiz julgar em primeiro lugar a oposição (art. 60: "julgá-la conjuntamente com a oposição"; art. 61: "decidir simultaneamente a ação e a oposição, desta conhecerá em primeiro lugar"). O opoente entendeu que era momento oportuno para a sua ação; daí, intervir no processo.

Se, sendo ordinário o processo da oposição, conforme a circunstância do art. 60 ("depois de iniciada a audiência"), os julgamentos das duas ações podem não ser conjuntos, mas o art. 60 deixa ao juiz o exame da situação que se criou: ou sobrestar no processo, dentro do prazo que a lei fixa, a fim de julgá-las conjuntamente; o que põe em primeiro lugar o julgamento da oposição; ou julga, desde logo, a causa principal.

Quanto à expressão "procedimento ordinário", que aparece no art. 60, o que se há de entender é que o procedimento é próprio da ação de oposição, pois, se o rito teria de ser especial ou sumaríssimo , é esse que se há de observar. O

legislador pensou no que mais acontece. Se o procedimento para a ação do opoente não é ordinário, observa-se o que está na lei. Quando a oposição é oferecida antes da audiência, tem ela de submeter-se ao procedimento da ação principal, pois tem de correr “simultaneamente com a ação, sendo ambas julgadas na mesma sentença” (art. 59).

Se foi proferida a sentença na ação principal, não mais pode haver oposição. *A fortiori*, seja se está na superior instância, ou seja se interpôs apelação. O fito da oposição é afastar que se julgue a ação principal a favor do autor-opoente ou do réu-oposto. Têm de ser julgadas na mesma sentença a ação principal e a oposição. Todavia, conforme o art. 60, se oferecida a oposição depois de iniciada a audiência, ou o juiz sobre sta no andamento do processo, por prazo nunca superior a noventa dias, a fim de julgá-la conjuntamente com a oposição, ou oj uiz não decide sobrestar no andamento do processo e então não se pode invocar o art. 61, pois não cabe ao juiz julgar simultaneamente a ação e a oposição, porque somente se isso ocorresse é que teria de julgar em primeiro lugar a oposição.

Se a oposição foi depois de iniciada a audiência, há trato especial para ela; o procedimento é ordinário e pode o juiz julgar a ação principal, como se oposição não tivesse ocorrido. Em vez disso, pode ele sobrestar no andamento do processo, por prazo nunca superior a noventa dias, para julgá-la conjuntamente com a oposição. O juiz não tem dever de sobrestar no andamento do processo, nem de julgar a causa principal juntamente com a oposição. Tampouco é obrigado ajuíga r antes a oposição se não sobrestou no processo, para julgar conjuntamente a ação principal e a oposição.

Se houve duas ou mais oposições sobrestado nos andamentos do processo da ação principal, não há julgamento necessário antes da ação principal da oposição ou das oposições oferecidas antes da audiência. O julgado da oposição só tem eficácia de coisa julgada entre opoente e autor-oposto e autor-opoente e réu-oposto, não entre autor e réu na ação principal.

O julgamento na oposição e na ação principal convém que seja na mesma sentença (arts. 59 e 60, 2a parte), devendo-se começar da oposição em primeiro lugar (art. 61). Se tal não tem de acontecer, porque foi oferecida a oposição depois de iniciada a audiência e o juiz não exerceu a sua opção para sobrestar no andamento do processo, então a oposição tem o seu próprio procedimento e a

sentença não prejudica a causa principal (art. 60, 1a parte). Em principio, a oposição só é julgada no tocante ao que nela foi pedido, e não no que se pediu na ação principal, posto que foi essa que fez suscitar-se a oposição. A simultaneidade da sentença quanto à oposição e à ação principal, conhecendo-se daquela em primeiro lugar, é que visa o afastamento de discordâncias entre os dois julgados. Sem isso, a ação principal não é atingida pela oposição (assim, entre outros, sem discordâncias, Leo Rosenberg, *Lehrbuch des deutschen Zivelprozessrechts,* 5a ed., 443).

2. Suscitamento À diferença, do que constava do art. 103, * 20, do Código de Processo Civil de 1939, o de 1973, art.

60, não se refere ao suscitamento. No direito anterior, tinha de ser requerido pelas partes (aliás, alguma das partes) e não se falou em ato judicial de oficio. O vigente não alude a qualquer iniciativa. Havemos, porém, de interpretar que a função é de ofício, sem se excluir o requerimento de alguma das partes. Se o juiz indefere, não há recurso, porque o legislador considerou o ato de mero expediente (cf. art. 504).

3. Sobrestamento do processo da ação principal Se o juiz entende que, a despeito de ter sido oferecida a oposição depois de iniciada a audiência, é conveniente sobrestar no andamento do processo por prazo que não pode ser superior a noventa dias, tal deliberação é sua, sem depender de qualquer requerimento. Não era assim no direito anterior (Código de 1939, art. 103, ~ 20), porque o juiz somente poderia ordenar a reunião dos processos “sem prejuízo do andamento da causa”, “a requerimento das partes”.

Advirta-se que se ao sobrestar-se no andamento do processo, já se iniciava a audiência, ou *a)* não terminou a audiência e o sobrestamento pode atingi-la, ou *b)* terminou; e seria contra o julgado na ação principal o sobrestamento. Assim, só se pode sobrestar no andamento do processo se ainda há tal andamento.

*Art. 61. Cabendo ao juiz decidir simultaneamente* 1)2) *a ação e a oposição* 3)5), *desta conhecerá em primeiro lugar 4)~*

1. Unificação de julgamentos A regra jurídica do art. 61 só se aplica às espécies em que seja possível a unificação do julgamento. Considerando os três casos da nota 2) do art. 57, temos: *a)* se a oposição foi proposta antes da abertura da

audiência, cabe o proferimento da mesma sentença para os dois processos com apensação; *b)* se foi proposta durante a audiência e antes de proferida a sentença, só em casos excepcionalíssimos estaria o processo da oposição em estado próprio para proferimento da sentença; *c)* se foi proposta depois da audiência, a sentença na ação primitiva já foi proferida, ou não o foi, e se pode haver sobrestamento. No caso *b)*, o art. 60 tem toda aplicação se ojuiz quer proferir a mesma sentença, nos dois processos, ou mais.

O que acima se disse vale para séries de opoentes.

2. Pretensão do terceiro à sentença própria Náo há, portanto, no direito brasileiro, pretensão do terceiro à sentença própria? Seria errado sustentar-se isso. A mesmidade da sentença é apenas exigência de ordem material. A oposição de terceiro, nos casos dos arts. 56-61, é ação do terceiro, ação de oposição, fundada em *pretensão à sentença,* no que se distingue dos embargos de terceiro, que são ação do terceiro, ação de oposição, mas fundada em *pretensão contrária à execução,* em pretensão contra a *pretensão à execução* (no sentido mais amplo).

Do julgado que não admite a oposição de terceiro cabe apelação. Não assim antes, cf. o Conselho de Justiça do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 8 de outubro de 1941 *(R. F.*, 90, 430).

Para que se não admita oposição de terceiro, é de mister que haja regra jurídica que a vede. Não cabe se a ação pendente é ação de execução de sentença, e não de título extrajudicial. Não se diga, para contrária afirmação, que tinha de ser assim porque pendência da lide só existe nos processos de conhecimento. Nas duas ações executivas típicas, de que estamos a falar, o devedor defende-se com *embargos do devedor* (arts. 736-740) e o terceiro, com *embargos de terceiro* (arts. 1.046-1.054). Quanto à oposição, leia-se o que escrevemos sob a nota 2 ao art. 56. O

opoente não é o devedor, portanto não se pode pensar em embargos de devedor. Nem ele vai alegar turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial (art. 1 .046), razão por que não se pode, em caso de oposição, pensar-se em embargos, de terceiro. O opoente está diante de ação que ofende ou vai ofender a coisa ou o direito, que é seu (art. 56).

3. Se o condenado não recorre ou se recorre, sendo após proferida a sentença na oposição Se o terceiro vem a oposição na primeira instância, depois de proferida a sentença, e o condenado não recorre, pode o vencedor executar a sentença, prestando ao opoente caução de lhe restituir a coisa, se vencer na oposição. Se o condenado recorreu e a oposição foi a tempo de ser remetida com o processo à segunda instância, sobe com ele (Manuel Gonçalves da Silva, *Commentaria,* III, 195, à Ord. do Livro III, Titulo 81, pr.). Se não, remete-se depois, antes de ser julgado o recurso.

4. Julgamento prévio O Código de Processo Civil de 1973, art. 61, exigiu que o juiz, sempre que tenha de decidir simultaneamente as lides (inicial e opositiva), primeiro tem de conhecer e julgar a oposição. Se houver duas ou mais oposições e todas têm de ser julgadas simultaneamente (arts. 59 e 60, 2a parte), delas o juiz há de conhecer em primeiro lugar. Mas é preciso exame das espécies para saber qual a ordem em que há de decidir.

Julgando-se a oposição e, depois, a ação dita principal, pode acontecer que a sentença do juiz, nesta proferida, colida com o que se julgou na oposição. Se a sentença quanto à oposição transitou em julgado, por ter sido interposto recurso da outra e não dela, ou por seja ter julgado o recurso da sentença quanto a oposição, pode ocorrer, no recurso da ação principal, que se alegue a existência de coisa julgada, no todo ou em parte, ou mesmo que se possa propor ação rescisória com fundamento no art. 485, IV. Não importa para tudo isso que a oposição seja ação declaratória ou condenatória: basta, qualquer que seja a espécie, que haja *res iudicata* da sentença dada na oposição. Portanto, pelo menos 3 de declaratividade.

A sentença quanto à oposição, como quanto à ação pendente, pode ser com julgamento do mérito, ou sem julgamento do mérito. Aquela pode ser quanto ao mérito, mesmo se a sentença quanto à ação principal, vai ser sem julgamento do mérito. Então, a autonomia da oposição leva a ter o vencedor obtido o que queria, independentemente do que seja passou ou se vai passar quanto à ação principal.

*5.* Eficácia da sentença da oposição Há a *res iudicata* na sentença proferida na oposição. Indiscutivelmente, entre opoente e opostos. Pergunta-se: se a sentença favorável ao opoente diz que existe relação jurídica, de direito material, entre o opoente e algum dos opostos, e a relação jurídica que se discutiu entre autor e

réu depende de não existir aquela relação jurídica, ~,pode ser julgada depois como se existisse a relação jurídica entre autor e réu? A oposição foi contra ambos (art. 56) e ambos foram citados e tinha a possibilidade de contestar (art. 57). A afirmação de Arwed Blomeyer *(Zivilprozessrecht,* § 111, p. 622) de que não há eficácia de coisa julgada no tocante à relação jurídica entre autor-oposto e réu-oposto, é de repelir-se. O que é de relevo, é saber-se se a questão resolvida importa em ser atendida a sentença quanto à oposição.

A sentença na oposição pode ser alusiva a todas as alegações do autor e do réu, ou só do autor, ou só do réu, na ação principal. Dai ter-se de atender ao que se pode na oposição e ao que foi pedido na ação principal.

Se desfavoravelmente foi julgada a oposição, não se pode dizer que o juiz, ao julgar a ação principal, tem de abstrair do que foi decidido, ou que nunca se vincula ao que antes julgou *(e.g.,* disse que o opoente não tinha o direito, porque o autor da ação principal foi quem o adquirira, e poder julgar com relação ao réu na ação principal, que o autor não tivera nem tem tal direito). A contradição seria inadmissível, pois o juiz tem o dever de julgar primeiro a oposição. Se tal dever foi afastado, porque a oposição foi oferecida depois de iniciada a audiência e o juiz não sobrestou andamento do processo, de modo a ser julgada a ação conjuntamente com a oposição (art. 60), também pode ocorrer que a sentença proferida na ação principal afirme ou negue a existência de relação jurídica que a sentença na oposição nega ou afirma. Tal choque entre a sentença na ação e na oposição cria problemas que têm de ser examinados, para se não cair no que entendem alguns juristas. O assunto pode ser conteúdo de recurso na ação posterior-mente julgada. Se, no caso, o autor e o réu se vincularam à coisa julgada e, partes na outra ação, dizem existir ou não existir o que ao contrário está na outra sentença, temos de atender a que opoente e opostos estiveram na ação opositiva e nela agiram como réus (autor-oposto, réu-oposto). Quando o juiz julgar em primeiro lugar a oposição, nada pode sofrer com o posterior julgamento da ação o opoente~ Mas, se se antecipou o julgamento da ação em que o opoente não foi parte, nem atuou, seria de negar-se qualquer eficácia contrária ao opoente. Se a sentença na ação principal nega a existência da relação jurídica entre autor e réu e para a sentença na oposição o autor ou réu afirma a existência de tal relação jurídica, j,como há de proceder o juiz, ao ter de julgar a oposição? O opoente pode alegar que há coisa julgada entre autor-oposto e réu-oposto e seria absurdo que o juiz julgasse existente o que, conforme a coisa

julgada, não existia. Aí está uma das razões para o legislador de 1973 ter posto no Código o art. 61. Mesmo se não há os julgamentos simultâneos, não se pode menosprezar a possível influência de uma sentença na outra.

Advirta-se que nem sempre a declaração da existência da relação jurídica entre autor-oposto e réu-oposto afasta que se declare a existência da relação jurídica entre o opoente e algum dos opostos. Tratando-se de relação jurídica de eficácia *erga omnes (e.g.*, propriedade), a sentença posterior seria contra a lei se partisse da negação de existir tal relação jurídica, posto que possa a do opoente ter derivado daquela, ou aquela da relação jurídica em que se achava o opoente. Tem-se de evitar assertos que não se fundam no exame da realidade.

Seção II

Da Nomeação à Autoria

*Art. 62. Aquele que detiver a coisa em nome alheio, sendo-lhe demandada em nome próprio, deverá nomear à autoria* 1)3) *o proprietário ou o possuidor4).*

*Art. 63. Aplica-se também o disposto no artigo antecedente à ação de indenização* 2) *intentada pelo proprietário ou pelo titular de um direito sobre a coisa, toda vez que o responsável pelos prejuízos alegar que praticou o ato por ordem, ou em cumprimento de instruções de terceiro.*

1. Nomeação à autoria ou “laudatio auctoris” Ao termos de comentar os arts. 62-69 (nomeação à autoria) e 70-76

(denunciação da lide), devemos frisar a diferença no plano processual, a fim de se evitarem confusões. Na nomeação à autoria, em que o demandado tem de proceder para que o demandante chame à lide o nomeado, o demandado *nomeia* e o demandante *chama* ou desatende ao que se suscitou e não chama. Na denunciação da lide, o demandante ou o demandado *chama:* não há nomeação, indicação a outrem nem há chamamento ao processo (arts. 77-80), onde tudo se passa diferentemente: o réu chama ao processo, tal como é: todos os que do processo constam e passam a constar como réus, não foram nomeados a autoria, nem litisdenunciados. A ação interessa a todos eles; e tal ligação de interesse é que dá ensejo ao instituto.

Admitamos que, uma vez que estamos a comentar o Código de 1973, nos abstenhamos de quaisquer considerações que possam perturbar a exposição.

Nas Ordenações Afonsinas, Livro III. Título 41, pr.,já estava explicito: "Disseram os Sabedores antiguos, que compilaram as Leys Imperiaees, que a Autoria ha luguar em todo caso, bonde o Reo he demandado por algujia cousa movel, ou raiz, que elle tenha, ou possua em seu nome, ou doutrem, assy per auçam real, como pessoal, que seja presecutoria da cousa, assy em Feito Civel, como Crime civelmente emtentada pera cobramento da dita cousa".

Nas Ordenações Manuelinas, Livro III, Título 31, pr., repetiu-se o que nas Ordenações Afonsinas se dissera, e convém apontar-se o que é de maior relevância: "onde alguú for demandado por algúa cousa movel, ou de raiz, que elle tenha, ou possua em seu nome, ou d'outrem", "pode chamar por Autor qualquer pessoa que entender provar de que a ouvesse". Nas Ordenações Filipinas, Livro III, Título 44, pr., insistiu-se: "Em todo caso, em que alguém for demandado por cousa móvel, ou de raiz, que tenha ou possua em seu nome, ou de outrem, assim era feito civil como crime civelmente intentado, para cobrar e haver a dita *cousa,* pode chamar por autor qualquer pessoa, que entender provar, de que a houvesse. E em feito crime criminalmente intentado não haverá lugar a autoria".

Vê-se bem, desde o texto afonsino, que frisava poder haver tença ou posse ("ele tinha ou possuia em seu nome"). Por isso, a discussão em tomo de haver nomeação à autoria só em se tratando de detentor ou só em se tratando de possuidor, no direito brasileiro e no estrangeiro, tem de ser repelida. Portanto, foi Ordenação anterior a 3 de maio de 1443, pois as Ordenações Afonsinas, que foram sugestão do Rei D. João que govemou até 1433, para a codificação das leis feitas pelos Reis anteriores.

O Código de Processo Civil de 1939, art. 99, somente dizia poder nomear à autoria quem "possuir, em nome de outrem", o que exprobramos, por dever ter falado de quem detiver (ou tiver) ou de quem possuir, em nome de outrem.

Apesar da explicitude do que escrevêramos, o Código de 1973, art. 62, cogita de "aquele que detiver a coisa em nome alheio". Erro de um lado; erro de outro lado. Pensemos, a despeito da inferioridade de hoje em relação à de tempo anterior a mais de cinco séculos.

Primeiramente temos de atender a que a nomeação à autoria nos veio do velho direito português. Autoria, autor, nada tem, aí, com o autor figurante da relação jurídica processual, nem com a autoria de quem escreveu livros ou esculpe, ou pinta, ou redige música, ou exerça outro ofício. Acertadamente, Antônio de Morais e Silva *(Dicionário da Língua Portuguesa*, 1, 246) escreveu: "Quem houve uma coisa de outro, pode chamar ao alheador, para a defender em juízo, quando um terceiro a demanda". Quem foi nomeado à autoria ou vem a autoria ou não vem.

A nomeação à autoria supõe que não se há de considerar réu o que é detentor ou possuidor em nome alheio. Ele assim o entende, mas pode advir que o autor não o admita (art. 65: "recusando-o") e nada feito. Se o autor aceita a nomeação e o nomeado nega que pudesse ser nomeado, também nada feito. Houve a suspensão do processo e há novo prazo para a contestação.

Para bem caracterizarmos o texto de hoje (arts. 62-69), que se limita à nomeação à autoria, temos de referir-nos ao passado, ao Código de 1939, art. 99, que, em vez de somente cogitar de quem detivesse em nome alheio, como faz o Código de 1973, art. 62, dizia: "Aquele que possuir, em nome de outrem, a coisa demandada, poderá, nos cinco dias seguintes à propositura da ação, nomear à autoria o proprietário ou o possuidor indireto, cuja cítaçao o autor promoverá".

A respeito escrevemos nos *Comentários ao Código* de 1939, Tomo II, 164 s., o que era de mister como critica, e pusemos, com adaptação, no texto a seguir.

O instituto da nomeação à autoria é seguido em muitos países, nem se justificaria que o não fosse. Temos de frisar que a expressão "possuidor", que aparece em leis estrangeiras, estava no Código de 1939, e foi substituida, no Código de 1973, por "quem detiver a coisa". Com isso, atendia-se a que o réu, citado como possuidor, pode não ter, sequer, posse da coisa, e sim apenas tença. Por vezes empregam as leis e os livros "detentor" como se abrangesse o que tem a tença e o que tem a posse. Foi isso o que inspirou o legislador de 1973. Mas a despeito de ter sido acertada a sua intenção, melhor teria sido dizer "detentor ou possuidor". De qualquer modo, se o réu e apenas detentor, não se poderia dizer como faz a Ordenação Processual Civil alemã, § 76, 1, que se nomeia o possuidor mediato, pois que detentor não tem posse, e, se foi o possuidor imediato que deu ao réu a tença, talvez não saiba ele quem é o possuidor mediato. Aí, nomeado o possuidor imediato, tem esse, se é o caso, de nomear o

possuidor mediato, pois que dele é que houve a posse imediata. O que dissemos, a propósito do direito alemão , também cabe quanto à Ordenação Processual Civil austríaca, § 22, (1), e a outras leis processuais civis estrangeiras. Já nos *Comentários ao Código* de 1939,11(1958), 164 s., chamáramos atenção para a insuficiência do que lá estava (“Aquele que possuir em nome de outrem, ... poderá...

nomear à autoria o proprietário ou o possuidor indireto”).

Se o detentor recebeu do possuidor imediato a tença, tem de nomear quem lhe deu a tença. Se o citado é possuidor imediato, ai tem de nomear o possuidor mediato. Não se diga, como já se está escrevendo em livros, que, sendo o réu possuidor imediato, tem de haver denunciação da lide, e não nomeação à autoria. Se o réu é possuidor em nome alheio, por ser possuidor imediato, nomeia o proprietário ou o possuidor mediato (art. 62). Não caberia litisdenunciação, porque para que se denuncie a lide seria preciso que houvesse algum dos pressupostos mencionados no art. 70, 1, II e III. Se o nomeado à autoria reconhece a autoridade que lhe é atribuida, contra ele é que corre o processo (art. 66); ao passo que, na denunciação da lide, se o denunciante é o autor, o denunciado, comparecendo, assume a posição de litisconsorte do denunciante (art. 74) e, se o denunciante é o réu, tudo se passa como se prevê no art. 75 (1, litisconsorciação; II, prosseguimento apenas contra o denunciante; III, em caso de confissão, pelo denunciado dos fatos alegados pelo autor, em que se permite ao denunciante prosseguir na defesa). E perigoso que não se distingam, com precisão, o instituto da nomeação à autoria e a denunciação da lide.

Quanto à expressão “em nome alheio”, o art. 62 supõe que o citado, mesmo se possuidor e não detentor, nomeia porque se supôs que a sua posse face aquela que o legitimaria como réu, e não no é. Se a ação é contra o possuidor imediato e foi citado o possuidor mediato *(e.g.*, o locador), é evidente que se supôs ser o possuidor imediato o possuidor mediato. Vice-versa: a ação é contra o possuidor mediato e foi citado o possuidor imediato *(e.g.*, o locatário).

Não se diga que se havia de excluir no art. 62 o que lá está escrito (“aquele que detiver a coisa em nome alheio”).

Tudo depende, conforme acima expressamos, de se saber qual o conteúdo da ação. Dizer-se que, sempre, o possuidor possui em nome próprio: quem possui

imediatamente pode ser réu por se ter suposto ser o possuidor mediato; e vice-versa.

Foi tormentosa a confusão que o legislador de 1939 fez em matéria de posse. Evidentemente, não entendeu a teoria de posse que entrara no direito brasileiro com o Código Civil. Continuou a pensar em termos das velhas leis brasileiras de processo, ou das anteriores ao Código Civil, ou elaboradas de fresco, antes de ter penetrado na cultura jurídica comum a teoria possessória. Confundia, por exemplo, posse em nome de outrem com posse imediata, dita, no Código Civil de 1916, posse direta. As pessoas de que o art. 99 do Código de Processo Civil de 1939 autoriza a nomeação seriam o proprietário ou o possuidor mediato ou imediato (se o demandado é detentor). Portanto, se alguém nomeia à autoria, esse alguém éo que possui como nu-proprietário, ou, em geral, como possuidor mediato. Foi o art. 265 da Consolidação de Antônio Joaquim Ribas que levou o legislador a cometer o erro: quando o réu possui em nome alheio, deve nomear "em juízo", dizia Antônio Joaquim Ribas, "a posse em cujo nome possui". Antônio Joaquim Ribas, autor de livro sobre ações possessórias, estava certo, certissimo; porque a teoria de posse anterior ao Código Civil considerava o mandatário, o preposto, o administrador, o locatário, etc., como detentores da coisa e não possuidores. Porém isso acabou, totalmente, com a promulgação do Código Civil. Poderíamos ler o art. 99, de 1939, como se dissesse: "Aquele que possuir diretamente a coisa demandada poderá, nos cinco dias seguintes à propositura da ação, nomear à autoria o proprietário ou o possuidor indireto da coisa, cuja citação o autor promoverá". O

legislador teria chegado a esse resultado se maior atenção houvesse prestado às suas fontes, à Ordenação Processual Civil austríaca e à Ordenação Processual Civil alemã. Se o Código de Processo Civil de 1939 pretendia incluir, no art.

99, o simples detentor ou servidor da posse (Código Civil de 1916, art. 487), então havia de dizer, em termos técnicos suficientes: "Aquele que tiver posse direta, ou for simples detentor ou servidor da posse, poderá, nos cinco dias seguintes à propositura da ação, nomear à autoria o proprietário ou o possuidor indireto, ou direto, cuja citação o autor promoverá". Interpretando o art. 99, de 1939, sem lhe desprezarmos dizeres ("em nome de outrem", "o proprietário ou possuidor indireto"), só lhe evitamos contradição, entendendo que ele adotou, se bem que em forma defeituosa, a solução acima. Fora daí, ter-se-ia de sacrificar uma das expressões: ou "em nome de outrem" ou a alusão a "possuidor

indireto”.

Não se diga que, no direito anterior, o réu nomeante tinha de ser possuidor em nome de outrem (Código de 1939, art.

99: “Aquele que possuir, em nome de outrem, a coisa demandada”), e no atual, o réu nomeante tem de ser o “detentor em nome alheio” (Código de 1973, art. 62). O que se há de entender é que, tenedor ou possuidor, o réu está sendo processado como se a coisa estivesse com ele, e não com a pessoa de quem lhe veio a posse, ou mesmo a detenção.

O nomeante tem de indicar de quem recebeu a tença ou a posse imediata, porque é essa pessoa que ele tem de nomear à autoria. Não pode A apontar C ou D ou E se recebeu de B a tença ou a posse. Pode acontecer que aquilo que se lhe atribui é objeto para a ação contra C, ou D, ou E, ou contra o proprietário da coisa, então tem A de nomear B, porque B é que nomeará C, a pessoa de que houve a coisa, e a essa cabe nomear D e assim por diante. Quanto à invocação de teorias da posse estrangeiras, é fora de qualquer invocabilidade, porque a teoria brasileira da posse, como mostramos no *Tratado de Direito Privado,* Tomo *x*, é a melhor do mundo.

Se o possuidor é possuidor imediato, a sua posse é tida como tendo acima dela a posse mediata e só pode considerar dependente dessa a posse que se tem como tal. Se alguém tem a posse imediata que não depende de outra, só há uma posse. Quando um locatário que tem a posse, dita, ai, imediata, adquiriu o prédio ou apartamento que lhe havia sido locado, imediata continua a sua posse e não há mais posse mediata. Se vem a locar a outrem, mediatiza a sua posse, porque dá ao locatário a posse imediata. As posses mediatas podem ser duas ou mais. Pense-se no usuário, ou no usufrutuário, que loca a alguém a casa. Havendo sucessivas posses mediatas, é possível que o possuidor imediato somente saiba que existe uma, aquela de que proveio a sua.

Tem-se pretendido, erradamente, que os arts. 62-69 só incidem se o caso é de detenção e não de posse imediata, porque, tratando-se de possuidor em nome alheio, o remédio jurídico seria o de *denunciação da lide,* e não o de *nomeação* à *autoria.* A espécie do art. 70, II, é de denunciação da lide, não a do art. 62 ou a do art. 63. O

litisdenunciado passa a ser litisconsorte, o que não ocorre na nomeação à autoria. O fito da nomeação à autoria é pôr em lugar do réu outra pessoa, ao passo que o da litisdenunciação é trazer à relação jurídica processual outra pessoa, sem afastamento da parte. Ali, traz-se à posição de réu quem réu devia ser; aqui apenas se litisdenuncia, isto é, se leva a outrem o conhecimento da lide. Nomear é uma coisa; denunciar é outra. Não se pode confundir *a lUis denuntiatio* com a *nominatio auctoris.* Quem tem de nomear indica quem considera o legitimado a ser réu na ação. Quem litisdenuncia pode ser réu~ou autor. Se é autor, faz serem citados juntamente o réu e o litisdenunciado. Se é réu que litisdenuncia é no prazo para contestar que tem de suscitar a citação.

O lavrador, o procurador e o feitor a que se referem as Ordenações Filipinas, Livro III, Titulo 45, ~ 10, são detentores; o inquilino, o vendeiro, o subinquilino e outros são possuidores imediatos.

No texto de 1973, que aqui temos de comentar, o erro seria mais grave se não houvesse distinguido da nomeação à autoria a denunciação da lide (art. 70, II): o de 1939 foi omisso em referir-se a detentores, a quem tem a tença, e não a posse, o de 1973 somente falou de quem “detiver a coisa em nome alheio”. Ora, não só detentores têm a legitimação a nomear à autoria o proprietário ou o possuidor. Mais: o possuidor, demandado, pode ser o possuidor imediato ou o mediato, ou algum dos possuidores mediatos, em linha ascendente. Se alguém foi demandado, crendo-se que é o possuidor imediato, pode nomear à autoria o possuidor mediato, de que houve a posse, ou o proprietário, se em nome dele é que possui, ou detém. Se ocorre que possuidor mediato detém a coisa, dá-se o mesmo. E possível mesmo que ele, B, tenha locado o bem a C e C tenha abandonado a posse imediata, causando danos ao vizinho, D, e esse proponha ação contra B, que D considera possuidor ou detentor. Se a posse imediata não volveu a B, e está ele na tença do bem para verificar danos causados pelo locatário, pode ele ser considerado detentor em nome alheio e nomear à autoria o abandonante. Dá-se o mesmo se o proprietário sabe que está ausente o locatário e foi ao bem imóvel tomar precauções devido a incêndio nas vizinhanças, ou no próprio bem locado. Seria obrigatória, mas a nomeação à autoria, tal como a concebeu o art. 62, é facultativa, e não necessária. Se A é arrendatário de uma fazenda e utiliza as águas de fazenda vizinha, de que é proprietário ou arrendatário C, porque se crê com direito a isso, pelo que lhe dissera o arrendante B, pode o arrendatário A, se vizinho C vem contra ele, nomear à

autoria B.

O caso do art. 62 é de *nominatio auctoris* ou *laudatio auctoris.* O réu nomeia o terceiro; e o autor, não o réu, faz citar-se o litisnomeado. Essa espécie de intervenção de terceiro se caracteriza por ser o interesse do terceiro que *supera* o do réu, ao contrário do que se passa com as outras espécies, em que um interesse se entrosa no outro, *dentro do tempo.* Quando o interesse do terceiro prima e, no entanto, há sucessão, mas *fora* da parte em que prima, o réu, que ataca os dois interesses, deve nomear o terceiro quanto à parte em que o interesse desse prima e litisdenunciá-lo quanto à outra.

Se já está no processo, como assistente litisconsorcial (art. 54, parágrafo único), o que teria de ser nomeado à autoria, entendeu a 6a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 25 de agosto de 1959 *(R. dos T.,* 189, 440), que não mais se justifica deferir-se a nomeação. Sem razão, porque o nomeado é citado por promoção do autor e tem de comparecer como nomeado, e não como assistente litisconsorcial, ou *negar* a qualidade que lhe foi atribuida, diferente da que tem como assistente litisconsorcial. Assistente litisconsorcial não assume autoria, não se insere na relação jurídica processual. Houve, no acórdão, postergação dos princípios jurídicos.

O demandado nomeia à autoria, isto é, diz quem é que, como responsável, teria de ser réu, em vez dele. A sua atitude dá ensejo a que o juiz, examinando o caso, suspenda o processo e mande ouvir o autor. Conforme o art. 65 pode o autor aceitar ou recusar a nomeação feita.

A nomeação à autoria cabe em qualquer espécie de procedimento desde que a ação é contra aquele que detém ou possui a coisa em nome alheio (expressão de que cogitaremos mais de espaço). Pense-se no procedimento sumaríssimo (art. 275, 1 e II) e nos especiais *(e.g.,* ações possessórias). O que importa é o conteúdo do art. 62. A ação pode ser declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental ou mesmo executiva. Se o réu detém ou possui a coisa sobre a qual vai ser feita ou se fez a penhora, tem

ele de nomear à autoria aquele em nome de quem está na situação. Seria absurdo que a pessoa que fosse devedor e só tivesse de sofrer penhora de bens seus, não pudesse nomear à autoria quem lhe deu a tença ou a posse. Teria de fazê-

lo nos embargos de devedor, autuáveis em apenso aos autos do processo principal (art. 736), ofereciveis no prazo de dez dias e impugnáveis noutro prazo de dez dias (arts. 738 e 740). Ora, o assunto, objeto de nomeação, à autoria, apenas dá ensejo a ouvir-se o autor (ai, exeqilente) no prazo de cinco dias. Dir-se-á que, nas ações executivas, há os embargos de terceiro (art. 1.046), que podem ser de senhor e possuidor ou só de possuidor, e a própria parte pode embargar (art. 1.046, § 20). Mas os embargos de terceiro opostos pela própria parte equiparada a terceiro são apenas quanto a bens do executado que, pelo título da sua aquisição ou pela qualidade em que os possui, não podem ser atingidos pela apreensão judicial. Ora, se os bens são de outrem, o executado não se equipara a terceiro, terceiro é. O

momento em que se nomeia à autoria é o mais adequado para isso. Trata-se de correção à legitimação passiva, e não se pode negar ao executado, qualquer que seja a ação executiva, de sentença ou de títulos extrajudiciais, ou qualquer outra, de nomear à autoria quem lhe deu a tença ou a posse, aí impenhorável, como aconteceria em qualquer caso de apreensão judicial (depósito, arresto, sequestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário e partilha).

O devedor, feita a penhora, tem o prazo de dez dias para oferecer os embargos (art. 669).30 Antes disso, pode ele nomear à autoria, porque o prazo é o mesmo (art. 64: “requererá a nomeação no prazo para a defesa”).

Se o nomeado à autoria nomeia outra pessoa, será recebida, e assim por diante. Já nas Ordenações Afonsinas, Livro III, Titulo 41, * 1, estava dito: “e se esse nomeado por Autor nomear outro, será recebido a ello, e assy dehy emdiante, atee chegar ao postumeiro; e se esse postumeiro veer art. 10 da Lei n0 8.953, de 13.12.94, alterou *a* redação do art.

669, a fim de eliminar a referência à intimaçào por oficial de justiça. O prazo, todavia, continua de um decêndio, conforme aquele artigo e também de acordo com o art. 738, alterado pelo mesmo dispositivo da lei aludida: no *copur,* para se excluir a referência numérica aos dez dias; e no inciso 1, para esclarecer que o prazo dos embargos corre da juntada aos autos da prova da intimação da penhora (certidão do oficial de justiça, do próprio serventuári o que, eventualmente, intimou o devedor, aviso de recebimento da intimação postal, edital).

DA INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

a Juizo, e mostrar que ouve essa cousa do principal Autor, e Demandador, deve loguo esse Reo principal ser asolto da dita demanda e condenado o dito demandador nas custas em dobro, ou em tresdobro, segundo a malicia, em que for achado, e mais paguará a verdadeira estimação da cousa do dito Reo, que assy for asolto, polo assy demandar maliciosamente". Não se pôs essa regra jurídica especial no Código de 1973, nem no anterior, mas há, hoje, os arts.

16-18, sobre a responsabilidade por perdas e danos de quem pleiteou a má-fé, como autor, réu ou interveniente: há a indenização dos prejuízos que a outra parte sofreu, mais os honorários advocaticios e todas as despesas que efetuou.

2. Ação de indenização à autoria Acertadamente, o art. 63 fez explícito que nas ações de indenização o demandado pode nomear à autoria. Os danos podem ser a bens imóveis ou móveis e a qualquer direito "sobre a coisa". Aqui, o legislador não foi feliz, porque o dano pode não ser a direito sobre "coisa"; por exemplo, a patente de invenção, marca de fábrica, nome comercial, em que se supõe direito real sem ser sobre coisa senso estrito; mais ainda: a ação pode ser ofensa à honra, como se o demandado, dono de jornal, por ter escrito artigo injurioso, nomeia à autoria o autor do artigo, ou se o demandado, que figurou na coluna do jornal, nomeia à autoria o jornalista que o substituiu naquele dia.3' Também não foi feliz o legislador em circunscrecer a nomeabilidade à autoria aos casos em que o demandado alegou que praticou o ato por ordem ou em cumprimento de instruções de terceiro.

O art. 63 tem sua fonte remota nos textos afonsinos, manuelinos e filipinos, onde havia a referência à nomeação à autoria "assy em.Feito Civel, como Crime civelmente emtentada pera cobramento da dita cousa" (Ordenações Afonsinas, Livro III, Titulo 41, pr.). Ação de crime civilmente intentada era a ação de indenização a que alude, hoje, o Código de 1973, art. 63, e não estava no Código de 1939. Foi acertado que se inserisse. Está na Ordenação Processual Civil alemã, ~ 77: "... sofern der Beklagte die Beeintrãchtigung in Ausúbung des Rechtes eines Dritten vorgenommen zu haben behauptet" (... se o demandado alegar ter praticado danos na prática de um direito de terceiro).

Parece que, na conformidade do art. 50 e do * 20 do art. 49 da atual Lei de Imprensa (Lei 5.250, de 09.02.67), o dono dejomal não poderia nomear à autoria o autor do artigo, mas litisdenunciá-lo (art. 70, III), nela este o seu episódico substituto, cabendo a nomeação do dono, que responde perante o ofendido (cf.

STF. RTJ 123/781).

Quanto à crítica que se fez ao texto por nele não se falar de possuidor, mas apenas de proprietário ou titular de um direito sobre a coisa, é de repelir-se. Quem intenta ação de indenização como possuidor da coisa, seja possuidor imediato ou mediato, exerce a pretensão à tutela jurídica por entender-se "titular de um direito sobre a coisa": direito à posse corresponde a ação de indenização. Quem pleiteia à declaração da posse, ou a entrega da posse, ou o respeito da posse, exerce a pretensão à tutela jurídica com a afirmação de ter direito à posse. O "titular de um direito sobre a coisa" pode ser proprietário, ou titular de algum direito real limitado, ou de direito à posse. Temos de ir além: se A permitiu a B que tivesse consigo a coisa, sem ser possuidor, e B a entrega a C, como subdetentor, nada obsta que C, citado como réu, nomeie B à autoria. B tinha direito à tença que recebeu de A, possuidor, e B, nomeado, pode nomear A.

O que se supõe , no art. 63, é que alguém seja demandado, em ação de indenização, e, em vez de contestar que danos tivessem ocorrido, ou que não os causou, alega que praticou os atos considerados lesivos, mas só por ordem de outrem, ou em cumprimento de instruções de terceiro.

3. Nomeante que se desliga do processo e nomeante que dele não se desliga Somente no caso em que o nomeado assume o processo, mesmo se não comparece, ou comparecendo nada alega, pode o nomeante ser desligado da causa.

Fora daí, a ação prossegue contra ele, assinando-se novo prazo para a contestação.

4. Mudança de parte e não de ação Nos casos dos arts. 62 e 63, dá-se *mudança de parte*, não *de ação*, como provou Wilhelm Kish *(Parteiänderung imZivilprozess*, 7). É assim, partindo-se de tal proposição, que se deve raciocinar. Dá-

se isso porque o ser parte e o ser sujeito da relação de direito material não precisam coincidir; nem coincidem muitas vezes. Por isso mesmo que é mudança de parte, supõe que já esteja proposta a ação , à diferença do litisconsórcio e da *laudatio auctoris pelo autor da ação.*

*Art. 64. Em ambos os casos, o réu requererá') a nomeação no prazo para a defesa; o juiz, ao deferir o pedido, suspenderá o processo e mandará ouvir o autor no prazo de cinco (5) dias.*

*Art. 65. Aceitando o nomeado, ao autor incumbirá promover-lhe a citação; recusando-o, ficará sem efeito a nomeação* 2)

DA INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

1. Requerimento do demandado Quer nas espécies do art. 62, quer nas espécies do art. 63, o réu tem de requerer a nomeação no prazo para a defesa. Trata-se de ato de nomeação, e não de chamamento, de citação. O autor tem de ser ouvido, razão por que o juiz suspende o processo, para que, no prazo de cinco dias, seja ouvido o demandante.

Tanto no caso do art. 62, que é relativo à tença ou à posse em nome alheio, como no caso do art. 63, concernente à responsabilidade por danos, é no prazo para a defesa que o réu nomeia à autoria, posto que possa fazê-lo, sabendo do que se está passando em juízo, antes mesmo de ser citado: ou no momento da citação. A suspensão do processo, se o futuro réu já nomeou alguém à autoria, não afasta a citação, mas, com o despacho do juiz, pode ser considerado citado o nomeante. O prazo para manifestar-se o autor somente começa com a vista dos autos.

2. Aceitação ou recusa pelo autor O autor é ouvido no prazo de cinco dias: ou aceita, ou recusa, ou deixa de se manifestar no prazo legal (art. 68, 1), que é de cinco dias e improrrogável, e então há presunção legal de aceitação. Se há dois ou mais autores, o prazo é o comum. Se há diferença entre os pedidos dos autores e o réu nomeia duas ou mais pessoas, cada autor tem de manifestar-se no prazo de cinco dias.

A citação do nomeado, promovivel pelo autor que aceitou a nomeação, tem de ser feita no prazo que o juiz lhe fixou, ou, se não houve tal determinação judicial, dentro de cinco dias (art. 185). Se o autor deixa de tomar a providência, pode mesmo ocorrer a hipótese do art. 267, III, isto é, a extinção do processo sem julgamento do mérito, por ter o autor abandonado a causa por mais de trinta dias. Mas tem de ser observado o art. 267, § l~. Nada obsta a que o autor intente de novo a ação (art. 268).

Pergunta-se: uma vez que no processo sumaríssimo, a defesa do réu é na própria audiência (art. 278), ~,pode o réu nomear à autoria na própria audiencia, uma vez que o art. 64 fez o prazo para nomeação ser o prazo para a defesa? A resposta tem de ser afirmativa, porque, se não há o prazo para a defesa, há o lapso entre a citação do réu e a audiência, e tal lapso não pode ser de menos de dez dias contados da citação (art. 278). Pode o réu, desde que foi citado, nomear à autoria e na própria audiência porque, aí, a defesa tem trato diferente (arts. 64 e 297) de que se dá à defesa nos processos ordinários . Tanto no processo ordinário como no sumaríssimo pode acontecer que antes da citação venha o réu saber que foi promovida a ação e não se lhe pode negar a legitimação à nomeação, assunto que já antes cogitamos.

O nomeante nomeia, não pede citação, nem sequer a promove; o que ele requereu foi a nomeação, e sobre esse requerimento tem de pronunciar-se o autor, para aceitar ou recusar, e só após a aceitação é que tem o autor de requerer a citação. O requerimento deferido foi o da nomeação; o da citação foi implícito no primeiro e, aceitando a nomeação, tem o autor de fazer citar-se o nomeado. Não importa se o nomeado é pessoa física ou jurídica, ou se há nomeação de duas ou mais pessoas. Na manifestação do autor, pode ele aceitar todos os nomeados, ou só um, ou só alguns. Só quem foi aceito há de ser citado e a ação procede contra quem foi aceito: um, dois ou mais.

Não se diga que o réu nomeante é o réu a que falta a legitimação passiva na ação, porque o réu que faz a nomeação é que se considera ilegitimado passivo.

Se o autor e o nomeado aceitam a nomeação, esse é que passa a ser o réu, em vez do que fora citado. Se o autor a aceita, mas o nomeado não a aceita, a ação prossegue contra o nomeado,32 que na ação pode ser julgado sem legitimação passiva: em vez de no lugar dele entrar o nomeado, ou há a extinção do processo sem julgamento do mérito, por faltar a legitimação passiva, ou não tinha razão a atitude do réu nomeante e vai-se ao mérito da ação. Com o art. 65, a faculdade que se dá ao autor de recusar põe-no na situação em que estaria se a nomeação não tivesse existido. Cumpre, porém, advertir-se que o nomeado, que foi recusado, pode ingressar no processo como assistente litisconsorcial (art. 54). O que aí se disse tem cabimento nas espécies do art. 62 bem como nas do art. 63.

Uma vez que o autor recusou a nomeação à autoria, cabe apenas assinar-se ao nomeante novo prazo para contestar.

Pergunta-se: se o autor, no prazo do art. 64, 2a parte, não se manifestou, j,como se há de interpretar a sua atitude? Se tivesse aceito, incumbido estaria de promover a citação do nomeado, de modo que a sua omissão há de ser interpretada como aceitação.

A manifestação do autor, qualquer que seja, não dá ensejo ao juiz apreciar se havia ou não havia razão para a nomeação. Isso é assunto para o julgamento da causa quanto à legitimidade de quem continuou réu ou se fez réu. Os que admitem poder o juiz decidir quanto a isso quando ainda se está no tempo da nomeação e da recusa, quer pelo autor quer pelo nomeado, é de repelir-se.

O comentarista quis dizer "a ação prossegue contra o *nomea-te",* como está na 2 parte do art.66, e se ve no restante do texto.

Quanto à eficácia da aceitação ou da recusa, temos de atender a que ainda não há, ai, qualquer sentença ou decisão do juiz, e remeter-se ao próprio art. 472 seria absurdo.

O réu que continuou no processo e teve sentença que o considerou ilegitimado passivo e, pois, improcedente a recusa pelo autor, ou pelo nomeado, tem, com a eficácia da coisa julgada, direito, pretensão e ação para haver, em ação autônoma, danos sofridos, conforme os princípios de direito material. A ação, ai, é indenpendente da aplicação dos arts. 19-35. Também pode acontecer que haja responsabilidade do autor ou mesmo do réu, por se tratar de litigante de má-fé (arts. 16-18).

Quanto ao nomeado que negou a qualidade que lhe fora atribuida, mas o réu nomeante foi tido, na sentença, por ilegitimado passivo, pode ser responsabilizado, em ação autônoma, pelos danos que a sua atitude causou.

Se o réu nomeia alguém à autoria e o autor, expressamente ou não, aceita a nomeação (art. 65, ja parte), ingressando no processo o nomeado, com a retirada do nomeante (art. 66), pode suceder que o juiz verifique não ter legitimação passiva o nomeado substituinte, uma vez que esse provou isso. A aceitação da nomeação pelo nomeado não afasta que na contestação ele mostre que os atos ou omissões referidos pelo autor não cabiam no que o nomeante alegou ser por ordem ou instrução do nomeado. Aí, surge ilegitimidade do nomeado, a despeito da aceitação pelo autor e pelo nomeado. O processo extingue-se sem julgamento

do mérito e nada obsta a que o autor promova nova ação contra o réu que fora afastado.

Na nova ação não mais cabe ao réu nomear o nomeante, porque houve julgado sobre a ilegitimidade do nomeado.

Pode ocorrer que o réu não haja nomeado alguém à autoria, mas alegou e prova que não era legitimado passivo à ação, uma vez que foi terceiro que ordenou os atos ou as omissões. Pergunta-se: a sentença, aí, tem efeito quanto ao terceiro. Não tendo sido nomeado o terceiro ou tendo sido nomeado para que o autor aceitasse a nomeação, ~ qual a eficácia da sentença no tocante ao terceiro? Nenhuma. O que o juiz pode dizer, na sentença, é que o autor não tinha razão contra o réu, por ser ilegitimado passivo (art. 267, VI), e não há, *in casu*, julgamento do mérito.

*Art. 66. Se o nomeado ‘)reconhecer a qualidade que lhe é atribuída , contra ele correrá o processo 2); se a negar, o processo continuará contra o nomeante* 3) 4),

1. Nomeado e nomeados Tem-se de prever que a nomeação à autoria seja de uma só pessoa, ou de duas ou mais, como são de prever-se a pluralidade de réus e a pluralidade de autores. A atitude dos nomeados pode não ser a mesma e até haver contradições nas suas manifestações. Tem-se de considerar o procedimento de cada uma para se saber quais os efeitos. Por outro lado, pode um comparecer ou alguns comparecerem e outro ou outros não comparecerem, e então quanto aos que faltaram há a incidência do art. 68, II.

2. Reconhecimento pelo nomeado O nomeado, que é chamado com a citação, e comparece, ou *a)* reconhece a razão de ter sido nomeado à autoria; ou *b)* nega que razão exista; ou *c)* comparece a nada alega; ou *d)* não comparece. Das quatro atitudes cogitou a lei: das duas primeiras, no art. 66; e das duas outras, no art. 68, II. O art. 66 tratou do prosseguimento do processo; na espécie *a),* o processo correrá contra o nomeado; na espécie *b),* contra o nomeante.

3. Comparência e não-comparência do nomeado à autoria Ou a pessoa nomeada comparece e reconhece como verdadeira a afirmação do nomeante e, então, continua a causa contra o nomeado, em lugar do nomeante; ou não comparece, e o nomeante fica livre para prosseguir ou para admitir a pretensão do autor; ou

nega a qualidade que lhe foi atribuida pelo nomeante, e esse também fica autorizado a prosseguir ou a admitir a pretensão do autor. O parágrafo único do art. 99 do Código de Processo Civil de 1939 considerava as duas últimas hipóteses, porém não a primeira, o que exprobramos. Não se tiraria daí que, com a nomeação, seguida do comparecimento, a substituição subjetiva se opere automaticamente. Desde que o pedido do autor atinja a propriedade, ou a posse do nomeado e a simples detenção por parte do nomeante, a substituição só se dá no que toca ao direito do nomeado, que o autor supunha ter de ser defendido pelo nomeante. Fora daí, o nomeante defende o que é seu e não pode ser expulso do processo, ainda que fique ao nomeado funcionar. Porque seria inserção contra a sua vontade. O nomeante afasta-se pois que a substituição não penetra na sua esfera jurídica.

Quanto aos casos referidos pelo Código, devemos extrai-los com cuidado. Se a pessoa nomeada não comparece, o autor prossegue, contra o nomeado não-comparecente. Se o autor recusou a nomeação, assina-se novo prazo para a contestação. Naturalmente para que o nomeante aduza novos argumentos, que o procedimento do nomeado o inspirou, ou talvez razões que pessoalmente lhe deu. Se o nomeado não compareceu ou nada alegou, a sentença que for proferida fará coisa julgada contra o nomeante e O nomeado. Se a pessoa nomeada nega a qualidade que lhe foi atribuida, o autor prossegue contra o réu e assina-se novo prazo para a contestação.

O nomeado que recusa e, portanto, não entra na relação jurídica processual, não pode ser alcançado pela sentença na ação em que houve a nomeação recusada. Pode até acontecer que ao réu tenha sido julgada a ilegitimação passiva (o que extinguiu o processo sem julgamento do mérito), e, mesmo se as alegações se referiram a ser o nomeado o causador dos atos ou omissões, não pode ser atribuida eficácia de coisa julgada, quanto a ele, à sentença. Não se chegou ao mérito, nem, julgando-se o mérito, se poderia sentenciar contra o nomeado recusante. O que pode advir é que o nomeado recusante, diante da sentença trânsita em julgado, quer com extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267, VI), quer com julgamento do mérito, proponha ação rescisória *(e.g.*, art. 485, III, V, VI, VIII e Trata-se, aí, de terceiro juridicamente interessado (art. 487, II).

Não se pense em coisa julgada contra o nomeado recusante, que não entrou, por outro motivo, na relação jurídica processual. Não se inseriu no Código brasileiro

o que aparece no Código de Processo Civil de Portugal, art. 323, 1, *infine:* "O nomeado pode negar a qualidade que lhe é atribuida. Se o fizer, fica igualmente sem efeito a nomeação, e o prazo para a defesa do réu começa a contar-se da data em que lhe for notificada a negação do nomeado. Neste caso, a qualidade de possuidor em nome alheio não obsta a que o réu seja considerado parte *legítima e a sentença proferida na causa constituirá caso julgado em relação à pessoa nomeada".34* O nomeado recusou porque negou a qualidade que lhe foi atribuida, uma vez que, não comparecendo, ou, comparecendo, nada alegasse, se presumiria aceita a nomeação (arts. 66 e 68, II). As suas alegações constam dos autos, como os outros dados que deram ensejo ao julgamento em que se tem por parte legítima o réu. Não se diga que não se pode acatar tal solução, porque se chocaria com o art. 60, onde se estatui: "Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei". O nomeante recusante manifestou-se perante o juízo e fez continuar no processo o réu, que se dizia parte ilegítima e afinal a sentença reconheceu o que ele afirmara. Ou a sentença apenas diz que de modo nenhum podia ser o réu, razão por que em ação contra o nomeado recusante não mais poderá arguir que a Se a sentença é terminativa, tal como a referida no art. 267, VI, dela não cabe ação rescisória, só admissível se se tratar de sentença de mérito, definitiva portanto, conforme o *caput* do art. 485.

34Redação em consonância com o Decreto-Lei n0 47.690, de 11.05.67, modificador do CPC de Portugal de 1961.

pessoa, ilegitimamente feita ré, caso evidente de *res iudicata;* ou a sentença apreciou o que o nomeado recusante articulara, extinguindo o processo contra o nomeante, e não se pode permitir que o nomeado recusante venha sustentar a sua ilegitimidade passiva. Ai, há duas conclusões do juiz: não tinha legitimação passiva o demandado, porque a tinha o nomeado recusante. De modo nenhum essa pessoa pleiteou "em nome alheio": defendeu-se, com razão, quando nomeado à autoria. Nem se argumente que ocorreria, em tal hipótese, que bastaria ter ação contra o nomeado recusante o réu que sofreu danos com a recusa. Se não era legitimado passivo o réu, nem o nomeado recusante, não se pode cogitar de qualquer atingimento a esse.

A respeito do art. 66, 2a parte, que é sobre o nomeado que nega a qualidade que lhe foi atribuida, cumpre lembrar-se o texto das Ordenações Filipinas, Livro III, Título 44, § 2, em que, se o nomeado nomeia outrem (e assim por diante) e essa outra pessoa reconhece a qualidade que lhe é atribuida, de modo que a ação

prossegue contra o nomeado, fica a esse “resguardado seu direito contra aquele, que o nomeou por autor, e o não quis ser para provar contra ele, como lhe deu, vendeu ou escaimbou a dita coisa”.

O autor ou aceita a nomeação, ou não a aceita. Se a recusa, tudo se passa como se nomeação não tivesse existido. Ao réu é assinado novo prazo para contestar. Na contestação está implícita ou explícita a afirmação de que não seria contra ele a propositura da ação, de modo que, ao julgar a ação, tem o juiz de verificar se o detentor ou possuidor praticou o ato ou os atos, ou se omitiu do que devia praticar, “em nome alheio”, e julgar *a)* que não havia legitimação passiva para a ação, ou *b)*, no caso de ser falsa a alegação, que houve legitimação passiva. Na hipótese *b)*, há extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267, VI), de que cabe apelação. Temos de levar em consideração que a recusa da nomeação pelo autor só tem eficácia quanto à nomeação, e não quanto aos interesses jurídicos do nomeado que não se deixou substituir o nomeante. Assim, esse terceiro pode apresentar-se como assistente do réu (art. 50), que se equipara a litisconsorte (art. 54). Não importa se o réu era detentor ou possuidor. A causa do nomeante pelo autor só tem a eficácia de continuar a ação contra o réu e pode o nomeado que não entrou no processo ser assistente, ou oferecer oposição (art. 56) ou mesmo embargos de terceiro (art. 1.046).

Se o nomeado nega a qualidade para ser nomeado à autoria, isso não o impede de ingressar no processo como assistente do réu, desde que haja o seu interesse jurídico como terceiro, ou por vir a ser favorável a sentença ao autor ou ao réu (art. 50). Pode acontecer que tal assistência seja litisconsorcial (art. 54).

4. Presunção de aceitação da nomeação Entende-se que o nomeado, não-comparecente, aceitou a nomeação, e contra ele corre o processo (art. 68, II), e o mesmo acontece se comparece e nada alega (art. 68, II).

*Art. ~7. Quando o autor recusar o nomeado, ou quando este negar a qualidade que lhe é atribuida* ‘), *assinar-se-á ao nomeante novo prazo para contestar* 2)

1. Nomeado que fica fora do processo Se o autor recusa o nomeado, ou esse nega a qualidade que lhe é atribuida, o processo continua com o nomeante. E preciso que o nomeado compareça e alegue faltar-lhe a qualidade de chamado à autoria, porque, se não comparece, ou se comparece e nada alega, aceitou, por presunção legal, a situação que se lhe criou (art. 68, II).

2. Novo prazo para a contestação O prazo para a contestação estava aberto quando houve a nomeação à autoria, de modo que deixou de ser feita a contestação.33 Não tendo ocorrido a entrada no processo do nomeado à autoria, ficando na relação jurídica processual o demandado, tem o juiz de assinar ao nomeante novo prazo para contestar. Tal prazo tem de ser dado mesmo se o demandado, no requerimento da nomeação à autoria, já fizera as suas declarações contestativas, porque a indispensabilidade do novo prazo se reforça com os elementos a mais que advieram da atitude do nomeado e do próprio autor.

Se o nomeado nega a sua qualidade, o demandado tem o novo prazo para a contestação e o chamado nada pode obviar às consequências da vitória do demandado, ou da perda. Nem cabe ação regressiva.

Se o nomeado reconhece a sua qualidade, entra no processo. Se o demandado nomeante, ao ser exercida a ação contra ele, tem de defender-se de pedidos que são independentes daquele ou daqueles que deram ensejo à nomeação à autoria, continua no processo. Por exemplo: se o pedido é de vindicação de propriedade ou de posse e há reclamação de entrega de frutos ou indenização, de que seria responsável o demandado, e não o chamado à autoria. Aí, se o chamado falta ao processo, apesar de ter aceito a nomeação à autoria, continua com o demandado, para aqueles pontos em que é parte.

A suspensão do processo, ordenada no art. 64, não suspende o prazo em curso. A suspensão do processo só suspende o prazo nas hipóteses do art. 265, 1 e III, pela remissão do art. 180 a esses dispositivos. O art. 67, ordenando que se assine ao nomeante novo prazo para contestar, apresenta caso de interrupção condicional do prazo, que recomeça por inteiro, se o autor recusar o nomeado, ou se este negar a qualidade que lhe é atribuida.

O art. 64 não constava do Código anterior. Hoje, ao definir o pedido de nomeação à autoria, tem o juiz de suspender o processo e de mandar ouvir o autor, no prazo de cinco dias. Com a suspensão foi atingido o réu, que pode já ter apresentado defesa (art. 64: “no prazo para a defesa”) e, mesmo em tal hipótese, pode ter algo mais para a contestação. Aí, tem ele ensejo para arguir o que consta do art. 301 (assuntos estranhos ao mérito) e o que concerne ao mérito (art. 300). O art. 67 não afasta a incidência do art. 303, porque a contestação, mesmo se algo antes se apontou, é a de que fala o art. 67. Há devolução do prazo,

integralmente.

No Código de 1939, art. 99, parágrafo único, se a pessoa nomeada não comparecia, o autor podia prosseguir contra o nomeante e o nomeado, como litisconsorte. Hoje, presume-se aceita pelo não-comparecente a nomeação. Passa a ser o réu, em vez do nomeante. Esse, se lhe convém, pode apresentar-se como assistente (art. 50), até mesmo assistente litisconsorcial (art. 54). Se o autor prefere propor a ação contra os dois, por se tratar de duas legitimações, cabe-lhe desistir (art. 158, parágrafo único) da ação pendente. Elementos das duas atitudes podem sugerir-lhe isso.

*Art. 68. Presume-se ‘)aceita a nomeação se:*

*1 o autor nada requereu, no prazo em que, a seu respeito, lhe competia manifestar-se; II o nomeado não comparecer, ou, comparecendo, nada alegar2).*

1. Presunção de aceitação pelo autor O autor tem de aceitar ou recusar a nomeação. Se a recusou, nada acontece no processo, porque a lei fez dependente de bilateralidade (declaração do nomeante, declaração talvez presumida do autor), a inserção do nomeado no processo. Se, no prazo de cinco dias, que lhe foi marcado, o autor não se manifesta, aceitou a nomeação.

2. Presunção legal de aceitação pelo nomeado Conforme antes dissemos, ou o nomeado comparece e aceita a nomeação ou comparece e recusa, com a negação da qualidade que lhe é atribuida, ou não comparece e nada alega. O

art. 68,11, estatuiu que os dois últimos casos são de presunção legal de aceitação. Ai, o prazo para a comparência do nomeado é de toda a relevância, porque dentro dele tinha de comparecer e dentro dele tinha de fazer a declaração. Se não a fez, aceitou a nomeação, e o processo corre contra ele.

DA INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

*Art. 69. Responderá por perdas e danos aquele a quem incumbia a nomeação’): 1 deixando de nomear à autoria, quando lhe compete);*

*II nomeando pessoa diversa daquela em cujo nome detém a coisa demandada’)9.*

1. Demandado e nomeação à autoria O demandado tem o dever de nomear à autoria a pessoa que tem de ser, em vez dele, o demandado. Nomeando pessoa que, como proprietário ou possuidor, ou como responsável em ação de indenização, teria de ser nomeada, o demandado exerceu o dever. *Aliter,* se fica provado que o nomeado (art. 62) não podía ser a pessoa apontada, ou responsável pela indenização (art. 63). Antes o Código de Processo Civil de 1939, art.

100, e no direito anterior a ele, havia multa em, respectivamente~ décuplo e dobro das custas. Acertadamente, o art.

69 do Código de 1973 atendeu a que há direito às perdas e danos sofridos pelo autor da ação e mesmo pelo nomeado.

2. Omissão de nomeação à autoria O demandado tem o dever perante o autor e perante a pessoa que ele tinha de nomear à autoria. As perdas e os danos podem ser causados ao autor ou à pessoa que não foi nomeada, ou ambos. Não se precisa, para condenação, entrar na apreciação da culpa.

Se o demandado foi citado na qualidade de possuidor, mas entende que apenas detém a coisa, nomeia à autoria o possuidor, por dele ter recebido a tença. Se não nomeia à autoria quem devia nomear, responde pelos danos que tal falta causar ao possuidor. Dá-se o mesmo se nomeia pessoa diversa da que devia nomear.

O mesmo acontecendo se o citado o foi como possuidor e tinha de nomear à autoria o outro possuidor, de ordinário possuidor mediato, e não nomeou. Se há composse, devemos ter por assente que cabe ao citado promover o litisconsórcio necessário (ari. 47)26 Mas pode acontecer que os compossuidores hajam recebido a posse do mesmo possuidor mediato e então têm de nomear à autoria aquele de que a receberam.

A responsabilidade de que cogita o art. 69 dá ensejo à ação de perdas e danos.

Veja-se o § 2~, acrescentado ao art. 10 pelo art. 10 da Lei 8.952, de 13.12.94, e a nota àquele parágrafo. na 4 ed. do tomo 1 destes *Comentários.*

A afirmativa de comentaristas de que a nomeação à autoria somente concerne a detentor, que é o demandado, e nunca a possuidor, revela ignorância. Dizer-se

que a posse em nome de outrem (como os legisladores portugueses de mais de cinco séculos passados eram mais inteligentes!) é tipicamente detenção, é ignorar-se a teoria da posse e da tença.

Por exemplo, o locatário, na ação que se move contra ele, em vez de ser contra o locador, é possuidor imediato, e não detendor. E lamentável que o legislador brasileiro e o legislador português de hoje (Código de Processo Civil português de 1967, ari. 320) não tenham lido as Ordenações Afonsinas, as Ordenações Manuelinas e as Ordenações Filipinas, a respeito das quais falamos sob o art. 62.

Pode acontecer que o demandado detentor tenha recebido de outro detentor a coisa, então nomeia à autoria essa pessoa , que pode ter nomeado outro detentor ou algum possuidor. A responsabilidade é a mesma.

Se o réu deixar de nomear à autoria a pessoa que tinha de nomear, responde pelas perdas e danos que isso cause a quem tinha de ser nomeado e não no foi. Idem, se nomeou pessoa diversa. Pergunta-se: se o réu nomeia pessoa que não era quem teria de nomear, mas nomeou outrem por ter recebido dele a tença ou a posse,j, como se há de resolver?

O detentor ou possuidor recebeu a tença ou a posse da pessoa que lha deu, e essa pessoa foi citada, ou *a)* o nomeado reconheceu a qualidade que lhe foi atribuida e contra ele correu o processo, de modo que não há pensar-se em responsabilidade do nomeante, ou *b)* o nomeado a nega e o processo continua com o réu. Para que haja responsabilidade do nomeante é preciso, no momento, que não estivesse, em nome do nomeado, ao exercer a detençao ou a posse. Não seria cabível, por exemplo, que fosse responsabilizado por não ter nomeado à autoria o locador, se não foi dele, mas sim do locatário, que recebeu a tença *(e.* g., o empregado que tomou conta da casa por estarem viajando os patrões). Nem se poderia pensar em responsabilidade do sublocatário, ante o locatário, dentro do prazo de locação, por não ter nomeado àautoria o proprietário-locador~ com quem nenhum contrato firmara.

Quanto à nomeação de pessoa diversa daquela em cujo nome detém a coisa demandada, ou de quem recebeu a posse, é evidente que até agiu de má-fé, salvo se quem lhe deu a tença ou posse não lhe comunicou que havia transferido a outrem a situação em que estava ao entregar-lhe a tença ou a posse da coisa. O juiz tem de examinar, diante dos fatos e das atitudes do nomeante e do nomeado,

se há ou não a responsabilidade e de quem e. Se o nomeante foi responsabilizado e pode alegar e provar que o nomeado deu ensejo ao seu erro, tem ele ação regressiva contra tal pessoa.

3. Nomeação de pessoa inomeável Se o demandado nomeou à autoria pessoa que não tinha a qualidade que se lhe atribuiu, responde por perdas e danos que com a nomeação causou ao autor, ou ao nomeado, ou mesmo a terceira pessoa. Também aqui não se há de exigir culpa, posto que, se o autor recusou o nomeado, não haja responsabilidade do nomeante.~. O que pode acontecer é que o nomeado tenha ocultado que não era o proprietário, ou o possuidor, e como tal houvesse entregue o bem ao demandado, e esse, ainda ao nomear, ignorou o que se passou. Ai, na ação do nomeado, tem defesa plena o réu da ação de indenização, se autor aquela pessoa que se dizia proprietário ou possuidor.

Quanto ao autor da ação, o réu nomeante que ignorava a situação e nomeou pessoa diversa daquela em cujo nome tinha o bem, o autor aceitou a nomeação que também o nomeado aceitara, ou não a aceitou. No primeiro caso, responsável é o nomeado aceitante; no segundo, não há qualquer pressuposto para a responsabilidade do demandado nomeante, salvo se perfaz a espécie do art. 69, 1, porque nomear pessoa diversa daquela que teria de ser nomeada é também deixar de nomear à autoria quem devia ser nomeado.

4. Responsabilidade perante o autor Pergunta-se: se o nomeante, nas espécies do art. 69, causa danos ao autor, e esse aceitou a nomeação, depois de ter sido ouvido no prazo de cinco dias, ~,há responsabilidade do nomeante? Sim; basta que a despeito da nomeação pelo réu e da aceitação pelo autor, ficar provado que não era o nomeado a pessoa em cujo nome o réu detinha ou possui a coisa. É provável que na sentença final se decida sobre isso e convém que a sentença se refira ao art. 69. Se o autor recusou o nomeado e depois se apura na sentença, que o réu tinha razão *(e.g.,* mostrou-o na contestação, para a qual tem novo prazo, art. 67), o réu pode ir com ação de perdas e danos contra o autor.

As perdas e danos a que se refere o art. 69 abrangem os gastos processuais, despesas extrajudiciais que resultem da situação criada pelo réu, e demais danos. O réu foi culpado, tanto assim que deixou de nomear à autoria quem seria o legitimado passivo ou nomeou a pessoa diversa daquela que devia nomear. A sua culpa não precisa ser apontada porque basta que haja um dos pressupostos para a responsabilidade, conforme o art. 69,1 e II. O que pode ocorrer é que, além da

incidência do art. 69, alegue-se que houve a dos arts. 16, 17 e 18 (“pleitar de má-fé”). O art. 69 não exige arguição e prova de má-fé; basta que a espécie do inciso 1 ou a do inciso II aconteça.

O art. 69, II, somente alude a pessoa diversa daquela em cujo nome detém a coisa demandada. Mas havemos de interpretar que “detém a coisa demandada” está em vez de “detém, possui ou praticou ato por ordem, ou em cumprimento de instruções de terceiro” (arts. 62 e 63). Aliás, insistamos em que “ato por ordem de outrem” está em lugar de “ato ou omissão por ordem de outrem”.

Pergunta-se:i,deixa de haver a responsabilidade do demandado se alega e prova sua boa-fé? Na espécie do art. 69,1, deixou de nomear à autoria quando lhe competia; na do art. 69, II, nomeou pessoa diversa daquela em cujo nome detinha ou possuía. Tinha ciência do seu dever de nomear e seria estranho que se lhe permitisse fugir à responsabilidade com o argumento de ter agido de boa-fé. Não há margem para se apurar se houve boa-fé ou má-fé ou culpa. O demandado conhecia o que se passava ou que se passava e nasceu o seu dever de nomear a pessoa nomeável.

A prova de ignorar quem devia ser nomeado é que pode ser a razão para se isentar da responsabilidade.

A indenização conforme o art. 69 é assunto para ação contra quem deixou de nomear à autoria, ou nomeou pessoa diversa da que tinha de ser nomeada.

Seção III

Da Denunciação da Lide

*Art. 70. A denunciação8) da lide')4)6* Y~ *é obrigatória')9)'9"): 1 ao alienante, na ação em que terceiro reivindica a coisa, cujo domínio foi transferido à parte, afim de que esta possa exercer o direito que da evicções ) lhe resulta;*

*II ao proprietário ou ao possuidor indireto quando, por força de obrigação ou direito, em casos como o do usufrutuário, do credor pignoratício, do locatário, o réu, citado em nome próprio, exerça a posse direta da coisa demandada2);*

*111 àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda'2).*

1.Quem é o litisdenunciante Tem o réu de denunciar à lide o alienante que lhe transferira o domínio, se a ação é de reivindicação. Assim, pode ele exercer o direito resultante da evicção.

*Evincere é ex, vincere*, vencer pondo fora, tirando, afastando. A língua portuguesa possui o verbo "evencer": o terceiro, ou o próprio outorgante, que vence, quer como demandante quer como demandado, evence, porque vence e põe fora, no todo ou em parte, o direito do outorgado. O vencedor é o evictor; o vencido é o evicto. Por isso responde quem deu causa ao atingimento do direito do outorgado, à luta evincente. Assim J. Cujácio e Hugo Donelo bordaram considerações acertadas sobre isso, frisando que, além de ser vencido, é preciso que o objeto saia da esfera jurídica do outorgado, razão porque se exige ter sido prestado. A estimologia coincide aí, à maravilha, com a conceituação vigente (CL C.O Mijiler, *Die lehre des romischen Rechtes von der Eviktion,* 89, nota 2).Hugo Donelio *(De Evictione et duplae Stipulatione,* 219) frisava:

"Evincere, ut verbi vis et ratio facile indicat, est vicendo aliquid ab aliquo auferre et consequi".

Os que prometem, nos contratos onerosos e, execpcionalmente, naqueles negócios jurídicos em que há responsabilidade pela evicção, têm o dever de manifestar aos outorgados os vícios jurídicos da prestação (Manuel Temudo da Fonseca, nas *Decisiones:* "si lua taceat, teneatur de evictione").

Há *vício jurídico* quando, por defeito na titularidade do devedor que prestou, o

credor recebe direito diminuído em comparação com o que foi prometido, ou com o que, em virtude de lei, tinha de adimplir *(e.g.*, exigências de saúde pública, ou do gado).

As espécies mais frequentes são as seguintes: a) o devedor não tem a propriedade do bem; *b)* o devedor tem a propriedade e não tem a posse, de modo que a entrega foi da tença, e não da posse, expondo o credor a ações possessórias; *c)* o devedor não tem a propriedade livre de direitos reais limitados; *d)* o devedor não tem o exercício completo do uso ou aproveitamento do bem; *e)* o devedor só tem a enfiteuse.

A doutrina luso-brasileira e a brasileira teriam ganho se se houvessem forrado a influências de leituras estrangeiras, oriundas de países que não tiveram texto explícito como o afonsino.

A responsabilidade pela evicção, fora dos contratos de compra e venda e troca,já o direito luso-brasileiro a estabelecia, explicitamente. Em adendo à Lei de Afonso III, que está nas Ordenações Afonsinas, Livro IV, Título 59, ~ 1, foi dito (§ 2): “E vista por Nós a dita Lei, adendo *e* declarando em dia Dizemos, que se aquelie, que he demandado em Juízo por alguã cousa, que houve d’alguem por título de compra, ou escaimbo, ou qualquer outro título, o recca, e teme de lhe seer veencida, deve nomear e chamar aqueile, de que a ouve, que lhe venha seer autor aa demanda, que lhe por elia he feita; ca se assi nom nomear por autor, ainda que lhe a cousa seja vencida, nom lhe será elie depois theudo de lhe compoer, nom embargante que esse, de que o demandado ouve essa causa, fosse certo e sabedor como lhe era feita demanda sobre ela em Juízo; porque ainda que elie assi seja sabedor da dita demanda, deve em todo caso seer nomeado por autor, e chamado para a defender, ca em outra guisa nom será theudo a lha compoer”.

Cf. Ordenações Manuelinas, Livro III, Título 30, ~ 2; Ordenações Filipinas, Livro III, Título 45, § 2: “... o que lhe a coisa vendeu, ou escaimbou, ou outro qualquer de quem a houve nomeá-lo-á”.

O Código Civil alemão, ~§ 433 e 434, restaurou o princípio do dever de proteção contra os vícios jurídicos, com fundo germânico.

A substituição do outorgante ao outorgado, na relação jurídica processual, é de

origem germânica.

Cumpre, desde já, observar-se que o Código Civil brasileiro de 1916 se libertou da ligação da responsabilidade pelos vícios de direito, principalmente em caso de evicção, que é o de que mais se cogita, ao contrato de compra e venda. O

art. 1.107 falou de quaisquer contratos onerosos, pelos quais se transfere o domínio, a posse ou o uso; e havemos de entender qualquer direito, em vez de "domínio".

Também tem o réu, que exerce a posse imediata, dita direta, do objeto da demanda, de denunciar a lide o proprietário, ou o possuidor mediato (indireto): aí, há posse por força de obrigação ou de direito, como se se trata de usufrutuário, credor com direito de penhor, ou locatário.

Ainda se diz que tem o réu de denunciar a lide a quem esteja obrigado, por lei ou negócio jurídico (e não só contrato), a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perdeu a demanda.

Temos aqui que examinar o que se diz no art. 70, III. Se alguém é réu ou autor em ação em que a decisão do juiz atingirá a esfera jurídica do vencido, e alguma lei ou negócio jurídico estabeleceu a ação regressiva, pode ser litisdenunciado quem teria tal obrigação. Pense-se na espécie do texto constitucional em que se fala de *ação regressiva* que têm as pessoas jurídicas de direito público contra os funcionários que deram ensejo, por culpa ou dolo, a ação de indenização. ~' Também há a ação regressiva em caso de indenização por ato em estado de necessidade, contra aquela pessoa

37 Const. 88, art. 3'1, ~ 6~', onde se fala nas pessoas jurídicas de direito público e nas de direito privado prestadoras de serviços ptiblicos. a favor de quem se causou dano, idem, se em legítima defesa de tal pessoa. Os relativamente incapazes têm ação regressiva contra as pessoas que lhes administram os bens se por dolo ou negligência deram causa à prescrição de dívidas ativas. Ocorre o mesmo com o cônjuge que administra os bens do outro cônjuge. Os endossantes do conhecimento de depósitos, que pagam ao endossatário do conhecimento de depósito, ou ao portador do *warrant,* têm ação regressiva contra os endossantes anteriores, inclusive o primeiro endossante. A ação contra o primeiro endossante é como a ação do portador de nota promissória ou de letra de câmbio contra o

emitente, ou contra o aceitante da letra de câmbio. O terceiro dador da hipoteca tem ação regressiva contra o devedor, contra o fiador do devedor; e contra outros dadores de hipoteca, porque a responsabilidade se distribui pelas quotas do débito que garantiram, ou pelas quotas no bem gravado, se a garantia foi uma só. Tratando-se de fiadores não-solidários, a distribuição é pelas quotas do débito que afiançaram. Há ação regressiva, às vezes, em caso de dano causado por animal, ou por alguma coisa inanimada, e em caso de abalroamento. Herdeiro tem ação regressiva contra outro herdeiro em caso de evicção. Se credores foram contra os herdeiros conforme a proporcionalidade e havia verba testamentária com outro critério, os herdeiros atingidos pela execução proporcional têm ação regressiva para que se respeite o que constar do testamento.

A diferença contenutística entre a nomeação à autoria e a denunciação da lide consiste em que, naquela, o réu detém ou possui a coisa, não sendo o proprietário nem o possuidor de que houve a tença ou a posse, ao passo que o litisdenunciante pode ser o autor ou o réu, em caso de posse, ou de propriedade, age então o possuidor imediato para que venha à ação o proprietário ou o possuidor mediato, ou, sendo a espécie de denunciando obrigado a indenizar, em ação regressiva, se o denunciante vier a perder a demanda. No Código de 1939, os arts. 95-98 eram dedicados ao que então se chamava “chamamento à autoria” e os arts. 99 e 101 à nomeação à autoria.

2. Demanda acerca de coisa ou de direito real A demanda há de ser acerca de coisa ou de direito real, para que incida o art. 70, 1 e II. A respeito de coisa, domínio, enfiteuse, qualquer situação de direito real, ou não atribuida ao réu, ou ao autor, posse, qualquer que seja a situação possessória do réu, ou do autor, suscetível de exercício processual, isto é, de ação. Não cabem distinções de posse direta ou indireta, simples detenção ou servidão da posse, em nome próprio, ou de outrem, desde que não esteja em causa a falta de acionabilidade e a possibilidade da perda pelo réu ou por parte daquele que ele representa. A denunciação da lide só exige a

suscessão, no tempo. Estando a palavra *coisa* em sentido de objeto de relação de direito material, não cabe distinguir da posse a detenção, a servidão da posse ou outra figura de sentença da coisa (Rudolf Pollak, *System,* 190).

Na ação divisória, não se pede a coisa nem a posse; a questão do domínio ou da posse pode vir à tona, na contestação, e então é possível a litisdenunciação

aquele de quem a parte houve a coisa. Não há chamamento à autoria35 na divisão, e sim na questão sobre a coisa ou direito real. Assim se há de entender o acórdão da 2~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, de 20 de maio de 1940 *(R.F.*, 84, 142), que aliás se abordou ao falso argumento de ser possessória (!) a ação de divisão.

A denunciação da lide pode dar-se nas ações possessórias, que são ações de natureza real (sem razão, a 3a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 8 de março de 1951, *R.dos T.*, 192, 169, e *R.F,* 141, 303). Aliás, os julgados a respeito revelam em nenhum ter havido qualquer estudo do assunto. Denunciação da lide não há somente em caso de temer-se evicção, embora nos arts. 70, 1, e 76 se haja falado, especialmente, de "evicção" e de "evicto", que merecia as regras jurídicas que ali se inserem. Sempre que se demanda "acerca de coisa" ou de "direito real" e há possível ação de garantia, cabe a denunciação da lide. *E.g.:* se o comprador é demandado por vício ou defeito da coisa, ou se o depositário, ou o comissário, ou agente de transportes é demandado a respeito da coisa depositada, vendida pelo comissário, ou transportada.

3. Litisdenunciado Litisdenunciado diz-se aquele de quem o réu houve a coisa ou o direito real, ou quem tem de indenizar em ação regressiva. É o litisdenunciado, que se atrai ao juízo, a fim de assistir ao que se está passando com o réu, ameaçado de perder a coisa (domínio ou posse), ou o direito real, ou de ter de suportar a pretensão de outrem sobre a coisa recebida, ou de prestar indenização, em ação regressiva. Para bem se ver a situação processual do litisdenunciado, recorramos a exemplo: A tem em seu poder relógio que B lhe deu de presente (não para guardar e devolver-lhe quando pedisse, ou em determinado tempo; antes, art. 62). C cita A em processo para haver o relógio, ou alegando que devia estar em seu poder como dono, ou como credor pignoratício, ou como simples posssuídor. A Quis o comentarista aludir à denunciação da lide e se serviu da expressão *chaflotfleflt() à autoria,* do CPC de 1939, que não deve ser confundida com a figura, diferente do *chaniatfleflt() ao processo,* inovação do atual Código (aris. 77

a 80).

tem de dar a B imediato conhecimento do que se passa, para que se oponha ao que pretende o autor, C. O autor do processo também há de ser notificado do que se passa, porquanto ele não sabe da procedência da alegada propriedade ou posse

de A. Note-se que o litisdenunciado, que se chama à autoria (donde também se dizer “o chamado”), se efetivamente lhe cabe a autoria da propriedade ou posse de A, assume posição de primeira plana. A natureza da relação jurídica em causa logo preestabelece todos os acontecimentos posteriores à citação. Chamando o terceiro, antes de intervir na relação jurídica processual, quer dizer, entre a citação inicial e os três dias seguintes, o litisdenunciante oferece ao chamado três alternativas: *a)* comparecer e assumir o lugar de réu, recebendo o processo no estado em que se achava, podendo o réu primitivo ou litisdenunciante pedir e obter ser desligado do processo; *b)* negar-se a comparecer, ou simplesmente não comparecer, e então o réu tem de continuar a defender a causa até o final, sob pena de perder o direito à evicção (art. 75); *c)* o chamado nega a afirmação do litisdenunciante (por exemplo, diz que ele lhe tinha “dado para guardar” o relógio), caso em que o litisdenunciante escolhe entre defender a causa até o final, para assegurar o seu direito à evicção, ou entregar a coisa ao autor, sem que daí lhe advenha qualquer responsabilidade perante o litisdenunciado (no exemplo, a pessoa que deu o relógio de presente). Caso especial do litisdenunciado comparecente é o daquele que entra no litígio e confessa o pedido do autor. A situação que tem de ser examinada no art. *75,* III, cabendo-nos aqui adiantar que o litisdenunciante pode, ou prosseguir na demanda, a despeito das declarações do litisdenunciado, ou conformar-se com a confissão dele, ou aguardar momento oportuno, ou desde logo propor a ação de evicção.

*4.* Relação jurídica entre litisdenunciante e litisdenunciado A relação jurídica entre o litisdenunciante réu e o litisdenunciado terceiro, no plano do direito material, é qualquer relação jurídica de propriedade, ou de posse, ou de simples tença, ou de indenização em ação regressiva. Já foi dito, à nota 2), o que era de mister sobre a relação jurídica do réu acerca da coisa ou do direito real. É preciso não se confundir tal relação, apreciada em juízo, *erga omnnes,* com a relação existente entre o litisdenunciante e o litisdenunciado. O litisdenunciante pode ser ou crer-se proprietário, inquilino, locatário em geral, comodatário, depositário, empregado do litisdenunciado, simples amigo guardador da coisa, etc. Nos direitos reais estão compreendidos os casos de direito em que o litisdenunciante é sujeito ativo e os de direito real em que o litisdenunciante é proprietário mesmo da coisa gravada (proprietário ou possuidor).

Pode parecer que entre o litisdenunciante e o litisdenunciado existe relação jurídica processual direta. De modo nenhum. A concepção contrária é falha. No

processo e ainda quando se trata de integrar o juízo, nenhuma relação jurídica processual é entre as partes. Uma delas, que deixe de comparecer, entra em choque com o Estado; não, com a outra parte. Nenhuma delas é obrigada perante a outra a comparecer, a produzir provas, a depor, etc. Nem se pode invocar a litisdenunciação como argumento a favor da existência de relação jurídica processual entre o litisdenunciante e o litisdenunciado. O litisdenunciante chama a esse como meio de integrar o juízo, tal como alguma das partes ou o juiz mesmo suscitaria a juntada de procuração de maior de dezesseis anos e menor de vinte e um, e outros casos semelhantes. Tudo se passa como realmente a vida realiza a situação: o litisdenunciante, devida à sua relação jurídica de direito material com o litisdenunciado, e às bordas da relação jurídica processual, traz à cena alguém que, pelo direito material, aí deve estar, sob pena dos efeitos de direito material e da notificação.

A litisdenunciação, nas espécies que o art. 70 aponta, é *obrigatória.* Se o réu não denunciou à lide o alienante em se tratando de ação de reivindicação (art. 70, 1), há preclusão do seu direito à evicção. Daí não poder propor ação autônoma contra a pessoa não denunciada. Se há desistência da ação pelo autor, antes de extinto o prazo, para contestação (art. 267, § 40) o direito não preclui. Se foi extinto o processo sem julgamento do mérito, a eficácia preclusiva não se opera, porque pode ser proposta de novo a ação (art. 267), salvo se houve acolhimento de alegação de perempçáo, litispendência ou coisa julgada (art. 268).

Se o juiz apenas indefere o pedido de litisdenunciação, cabe o recurso de agravo de instrumento.

Quanto ao réu, pode ele fazer o pedido de denúncia da lide na contestação, ou fora dela, desde que dentro do prazo para contestar. Pode ser que lhe seja conveniente pedir fora da contestação, pois, indeferido o pedido da litisdenunciação, hão agravo de instrumento.

Se o procedimento é sumaríssimo, há problemas em caso de denunciação da lide pelo réu. No procedimento sumaríssimo, o juiz designa a audiência de instrução e julgamento (art. 277) e o réu é citado para comparecer à audiência que não se realiza em prazo inferior a dez dias contados da citação (art. 278). A denunciação da lide tem de ser antes da audiência, e a tempo de, citado o litisdenunciado, poder comparecer. Se não há possibilidade de tal ocorrência, tem o juiz de suspender o processo e mandará citãr o litisdenunciado, que à

audiência designada tem de comparecer. Se a denúncia da lide foi feita pelo autor, já o juiz sabe como há de proceder para designar a data da audiência de instrução e julgamento.

Se há intimação ou intimações a serem feitas (art. 73), no que se há de respeitar o direito material, não há suspensão do processo. O art. 281 não pode ser posto de lado somente porque adveio litisdenunciação.

A denunciação da lide protege o adquirente quando alguém reivindica

o bem ou vindica a posse, ou o uso com a pretensão oriunda da evicção, ou a de quem teria ação regressiva contra pessoa obrigada a indenizar. Em vez de se aguardar o momento de e vencer ou de propor a ação regressiva, desde logo se chama ao litígio quem seria réu na ação de evicção ou na ação regressiva.

No art. 70, 1, II e III, diz-se que a denunciação da lide é *obrigatória* nas três espécies apontadas. No Código de 1939, art. *95*, estava escrito que o litisdenunciante "poderá". A jurisprudência e a doutrina continuavam a exigi-lo.

Pode dar-se que, em virtude de alguma regra jurídica, ou de cláusula negocial, não esteja o terceiro obrigado pela evicção, ou excluído da situação de réu em ação regressiva. Aí, então, não se há de pensar em litisdenunciação.

Se há a litisdenunciação de quem obrigatoriamente se tinha de denunciar, o arí. 76 incide, quer comparecente quer revel o litisdenunciado. Se quem foi litisdenunciado repeliu a denúncia, o assunto é para exame na sentença, onde tem ojuiz de julgar a legitimação passiva do litisdenunciado e a sua responsabilidade.

Quem devia litisdenunciar e não o fez, tem de sofrer as consequências de tal omissão. Temos de levar em consideração o adjetivo "obrigatória" que se pôs após falar-se de denunciação da lide (art. 70). Não importa, para se julgar o direito do evicto (portanto, o dever do litisdenunciado), ou a responsabilidade desse, que ele tenha comparecido, ou não, ou que tenha comparecido apenas para negar a qualidade que lhe foi atribuida. Os arts. 74 e 75

só se referem a atos processuais e seus efeitos, e não a eficácia quanto ao direito material.

*5.* Riscos da evicção Riscos da evicção são os riscos da perda da coisa ou do direito real, em virtude de sentença. Na espécie, risco de perder a propriedade, ou a posse, ou tença, ou o direito real, quando o juiz proferir a sentença em que o litisdenunciante é réu. Naturalmente, se for evicto o litisdenunciante, ficar-lhe-á o direito à evicção. De modo que a litisdenunciação constitui condição para que se declare, conforme o caso, o direito do evicto (art. 76), ou a responsabilidade por perdas e danos, com eficácia de

título executivo. Em todo caso, ainda depois de litisdenunciar, pode o réu perder o direito pela evicção, por haver decaído o seu direito material à evicção, se, por exemplo, não tendo o litisdenunciado vindo ajuizo dentro do prazo, o litisdenunciante não defendeu a causa até o final. Outro caso é o de ter confessado o pedido, ou ter concordado com a confissão do litisdenunciado.

Entenda-se, aí, que a expressão "confissão" está no sentido do art. 348, pois quem reconhece o direito de outrem necessariamente confessa no tocante ao suporte fáctico. Pode-se confessar quanto ao fato *a* ou quanto aos fatos *a* e *b,* ou *a, b* e *c,* e não quanto ao fato *d* ou aos fatos *d* e *c.* Esta é a razão por que pode o próprio confitente continuar no processo, no tocante ao que não foi confessado, ou, tendo confessado todos os fatos alegados pelo autor, prosseguir na defesa quanto a tudo que não foi objeto de sua confissão. Se o denunciante confessa no todo, ou em parte, o que foi alegado, isso pode ser elemento da sua exclusão como beneficiado pela litisdenunciação, ou só no que é atingido pela confissão.

É verdadeiro o enunciado da 4~ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a6 de agosto de 1942 *(R. dos T.,* 139, 672), de que a falta de litisdenunciação, ainda em ação possessória, faz desaparecer o direito à evicção. Também o é o da mesma Câmara, permitindo ao réu, que foi substituído, continuar como assistente, e recorrer (9 de outubro de 1941, *R. dos T.,* 137, *576).* A sentença, na ação em que o terceiro foi litisdenunciado, tem de apreciar a responsabilidade dele pela evicção, porque assim se estatui no art. 76, "conforme o caso" (sem razão, há muitos anos, a 3a Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 16 de julho de 1941, *R.F,* 88, 178). E a razão, hoje, é simples: antes dessa sentença, há o direito do adquirente à responsabilidade do alienante pela evicção; a pretensão só lhe nasce exatamente com o trânsito em julgado da sentença no processo em que o litisdenunciado *perder,* mas acertadamente a lei exige que, se a sentença é favorável ao autor, julgue quanto à evicção; é o fato de haver o réu, substituído pelo litisdenunciado, perdido a coisa, ou o direito real,

que causa pretensão a perdas e danos pela evicção; e essa pretensão de direito material foi submetida, por força de lei, à apreciação do juiz em cujo processo se deu a litisdenunciação.

6. Litisdenunciante réu Uma vez que litisdenunciante é o réu, tem de requerer a citação do litisdenunciado no prazo para a contestação, portanto, nos quinze dias seguintes à sua própria citação (arts. 71, 297 e 298). Pergunta-se: Que acontecerá se o réu só o fará depois do prazo? O juiz pode abreviar ou prorrogar o prazo mediante requerimento de uma das partes e assentimento das demais (art. 181). Os princípios sobre força maior são aplicáveis. Se o litisdenunciado é citado, e comparece, conformando-se com a citação, e com ela estando de acordo o autor, cabe invocar-se o art. 243. Por outro lado, é aplicar-se também, sendo o caso, o artigo 244.

A 2~ Câmara do Tribunal de Apelação da Paraíba, a 16 de setembro de 1946 *(A.J.*, 80, 446), julgou que, não tendo sido litisdenunciado o alienante, perde o direito contra esse evicto. Tal interpretação do direito material é a verdadeira.

As Câmaras Civis Reunidas do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 6 de agosto de 1945 *(R. dos T.*, 157, 790), decidiram que, se a evicção éconseqüência de demanda anterior à aquisição, não há litisdenunciação. Sim, se já houve sentença irrecorrivel; não se o adquirente, que sucede na ação, ou nela se apresenta, sem saber se a coisa era alheia ou litigiosa, notifica do litígio o alienante, que se fez sucedido, ou o notifica de que não se lhe aplica a regra jurídica, por ter ignorado o litígio.

7. Litisdenunciante autor Aqui, litisdenunciante é só o autor, e não o réu. O art. 70 fala daquele que demandar acerca de coisa ou de direito real. Sobre o objeto da demanda, vale, a respeito da litisdenunciação pelo autor, o que foi dito à nota 2). Aproveitando o mesmo exemplo da nota 3), temos:

A, que tinha em seu poder relógio que B lhe entregara, como presente, a fim de lhe ser devolvido quando pedisse, ou em determinado tempo, é desapossado dele por C, que se diz dono, credor com direito pignoratício, ou simples possuidor, ainda *alieno nomine*, do relógio. A propõe ação contra C, para haver o objeto que se acha em seu poder.

Comparecendo a juízo, isto é, ao pedir citação do réu, já deve A notificar a B do

ocorrido, para que B assuma a direção da causa39. Também aqui cabe chamar-se a atenção para o fato de não serem necessariamente superponíveis, ou simétricas, as duas relações:

a relação de direito das coisas, ou de direito das obrigações, ou de direito possessório (senso largo), entre o autor e o réu, ou o direito real, assunto da demanda, e a relação entre o autor litisdenunciante e o litisdenunciado. A conduta do litisdenunciante e a do litisdenunciado têm de refletir as particularidades da relação existente entre eles. Tudo que se disse às notas 3) e 4), sobre o litisdenunciado e sobre a relação entre ele e o litisdenunciante, bem como a respeito dos riscos da evicção à nota *5),* é aplicável, com as Outro exemplo de denunciaçáo da lide pelo autor é o caso em que ele, tendo adquirido um iln& vel, propõe açflo de demarcaçáo (art. 946, 1) e litisdenuncia o alienante, de quem houve a coisa, para responder pela parte que vier a perder em decorrência da fixação de novos limites, que a diminuam na extensáo.

mudanças da situação processual (autor, em vez de réu), à litisdenunciação feita pelo autor.

No direito anterior a 1939, a litisdenunciação era apenas o ato pelo qual o réu, sendo demandado, chamava ajuizo aquele de quem houve a coisa (Reg. n0 737, art. 111). O Código de Processo Civil de 1939 corrigiu a estreiteza da concepção da litisdenunciação, e admitiu que também o autor, demandante, litisdenunciasse. Além disso, a litisdenunciação somente era permitida até 1916 àquele que possuísse em seu próprio nome e, como se sabe, no direito anterior, as posse imediatas (diretas) eram reputadas em nome alheio. Depois do Código Civil de 1916, com a completa remodelação do conceito de posse, era bem difícil defender-se a limitação processual. Não se diga, porém, que o texto de 1939, a despeito da sua largueza, conseguiu, na forma, alcançar a generalidade fecunda da Ordenação Processsual Civil austríaca (§ 21) e da Ordenação Processual Civil alemã (§ 72). j,Por que a referência apenas a coisa e a direito real? ~,Por que restringir à coisa a prática da litisdenunciação? Por outro lado, sob o duradouro influxo do direito anterior que reformava, o legislador brasileiro de 1939 não viu que as palavras lhe traiam o apego ao regime antigo, a despeito dos seus propósitos inovadores. Assim “alienante” (Código de Processo Civil de 1939, arts. *95, §* §

l’~ e 20, e 96, § 10) não podia estar em sentido restrito e técnico, e sim no de

pessoa de quem o litiscontestante

“houve” a coisa ou o direito real, tal como estava no art. 96, pr.

Passemos ao exame do texto de 1973. O art. 70,1, somente cogitou do “domínio”, que fora transferido. No art. 70, II, só se interessava pela posse mediata e a imediata. Mas, no art. 70, III, aludiu a qualquer vinculação, por lei, ou negocial, a indenizar em ação regressiva o prejuízo de quem perdeu a demanda. Não aludiu a réu. Aliás, no art. 71, diz-se que a citação do denunciado tem de ser simultaneamente com a do réu (portanto, litisdenunciante é o autor), e, se denunciante o réu, há o prazo para citação~, que é o da contestação. Denunciação da lide somente cabe nas hipóteses do art. 70, e a litisconsorciação depende do ingresso do denunciado pelo autor ou pelo réu, o que ocorre conforme os artigos 74 e *75*.

8.Litisdenunciante e lide Quando o litisdenunciante é o autor, conhecedor, como é, das suas relações, ou da sua relação com o litisdenunciando, de quem houve a coisa ou o direito real, ao mesmo tempo em que 40 O comentarista alude, aqui, ao prazo para requerer a citação (art. 71, 2 pane), e não ao prazo para efetivá-la (art 72, * * l~ e 20). E de a citação do réu há de pedir a citação do litisdenunciado, para que esse assuma, se quiser, a direção da causa e a modifique, se acha que a petição inicial não está completa, ou não exprime exatamente a verdade, ou por qualquer outro motivo não lhe satisfaz. A porta que se lhe abre, no processo, é a de um oferecimento cabal de substituir integralmente o litisdenunciante. Porta que se lhe abre, porque não lhe é dado apresentar-se sem ser chamado. Seria apenas, fora daí, interveniente adesivo.

Quem a outrem faz alienação ou quem promete alienar, ou quem transfere, no todo ou em parte, direito, em algum pré-contrato, fica sob a eventual responsabilização em denunciação da lide (Código de Processo Civil, arts. 70 e 76).

Seja foi transcrito o título de aquisição, ou se ainda não foi, tem o alienante legitimação ativa para ser autor, ou litisconsorte em ação passiva como réu, ou litisconsorte, em ação cujo objeto é a aquisição por outrem.

9. Litisdenunciação pelo litisdenunciado A procedência dos direitos avança no pretérito até a entrada da coisa no comércio (no sentido de coisa no comércio e

extracomércio), ou até a sua reentrada, se algum dia saiu do comércio, ou se estava apagada a lembrança do tempo em que nele se achava. Por esse motivo, o litisdenunciado pode ser, por sua vez, litisdenunciante, e litisdenunciar aquele de quem houve a coisa. Não importa se esse litisdenunciante substituiu o autor, ou se substituiu o réu. Como réu, ou como autor, que se inseriu no processo, substituindo, ou não, o litisdenunciante, o litisdenunciado cita aquele de quem houve a coisa ou o direito real, ou que o põe na espécie do art.

70, III, a fim de resguardar-se de riscos, procedendo, em tudo, como, a respeito dele, procedeu, ou procederia, o seu litisdenunciante.

10. Litisconsórcio entre litisdenunciante e litisdenunciado Entre o primeiro litisdenunciante e o primeiro litisdenunciado ou entre eles e os outros litisdenunciados, é frequente estabelecer-se relação jurídica de litisconsórcio, devendo então recorrer-se às regras jurídicas dos arts. 46-49.

11. Assentimento supérfluo da parte contrária à denunciação da lide O assentimento ou a tolerância, ou a oposição, da parte contrária ao litisdenunciante (Rudolf Pollak, *System,* 190) é supérfluo ou inoperante.

12. Dever pessoal Quem está obrigado, por lei ou por algum negócio jurídico (não só contrato), a indenizar em ação regressiva, pode ser litisdenunciado. O Código de 1973 fez bem em explicitar a espécie. São exemplos: a ação regressiva do art. 107, parágrafo único, da Constituição de 1967, com a Emenda n0 1 ;4t em caso de estado de necessidade *(Tratado de Direito Privado,* Tomo II, § 187, 3); contra o representante, em caso de prescrição de dívidas ativas (VI, § 639); de terceiro dador de hipoteca (XX, § *2.509, 5);* de fiador (XXV, § 3.009); de co-fiança (XLIV, § 4.789, 4); de danos causados por alguma coisa inanimada (LIII, §

5.521, 6); de abalroamento (LIV, § 5.529, 11); contra outros herdeiros (LX, § § 6.015,3; 6.016, 2).

*Art. 71. A citação do denunciado2) será requerida juntamente com a do réu, se o denunciante for o autor'); e, no prazo para contestar, se o denunciante for o réu.*

1. Litisdenunciação pelo autor O autor tem de fazer citar-se o litisdenunciado e o demandado, no mesmo requerimento. Juntamente, diz a lei. O autor,

litisdenunciante, sabe o que se passou e se passa entre ele e o litisdenunciando, como quanto ao terceiro de que houve a coisa ou o direito real. O tratamento dos três sujeitos para a irradiação das relações jurídicas processuais tinha de ser inicialmente, igual.

O litisdenunciado ou comparece e assume, se quer a direção da causa, ou não comparece, e então sofrerá as consequências do processo e da sentença.

Sendo litisdenunciante o autor, a lei impõe que a citação do denunciado seja requerida juntamente com a do réu. Mas, se alguém necessariamente se litisconsorciou após o requerimento da citação e o juiz ordenou ao autor que promovesse a citação, no prazo assinado, e diante disso o autor entende que cabe a denunciação da lide, ~,quando há de ser feita a citação do litisdenunciado? Uma vez que o interesse jurídico, a que alude o art. 70, só nesse momento se revelou, há de ser feita juntamente com a citação do litisconsorte necessário (art. 48 e parágrafo único).

O Código de 1973 foi mais acertado no art. 71 do que o Código de 1939, art. 95, § 20. No direito anterior, o prazo era de “três dias seguintes ao da propositura da ação”, se litisdenunciante o réu. Acertado foi que se subordinasse a litisdenunciação pelo réu ao prazo para a contestação. No direito alemão, na Ordenação Processual Civil, § 72, 1), a denúncia da lide pode ser feita a qualquer tempo até a decisão definitiva do litígio.

Na petição inicial (art. 282, VII) é que o autor há de litisdenunciar; mas admitamos que, se antes da citação ocorre a necessidade, pode haver aditamento à petição com despacho do juiz, a despeito da referência a ‘juntamente” que está no art. 71.

2. Requerimento e citação No momento do despacho do requerimento fica suspenso o processo42, e têm de ser feitas as citações, atendidos os prazos do art. 72, § 10.

No prazo para a contestação, pode ocorrer que o réu alegue incompetência, impedimento ou suspeição do juiz (art.

304), caso em que o processo fica suspenso até que seja julgada (art. 306). Com a exceção há a suspensão do processo,43 de modo que o juiz tem de admitir a

denunciação da lide antes de extinguir-se o prazo para a contestação, pois que ou ele rejeita a exceção e aprecia o pedido da denunciação da lide, ou ele se julga incompetente, impedido ou suspeito, e ao juiz que o substitua é que cabe decidir quanto à denunciação da lide.

No mesmo processo, pode haver denúncia da lide pelo autor, ou pelos autores, ou pelo réu, ou pelos réus. A suspensão é em qualquer dos casos. Se o juiz defere apetição inicial e indefere o pedido de litisdenunciação feito pelo autor, j,qual o recurso interponível? Temos de entender que não se trata de indeferimento de petição inicial, mas de algo que o legislador considerou pedido que se há de fazer juntamente com o do réu (citação do réu e do litisdenunciado), porém o indeferimento separou os dois assuntos. i,Não se pode pensar em extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267, 1)? O litisdenunciado vai ser parte, ou iria ser parte, mas o processo continua, de modo que se considera deferido o pedido de citação do réu, porém não o da citação do litisdenunciado. Admitir-se a apelação criaria problemas delicados porque os autos teriam de subir e não houve a suspensão do processo. Ou háo agravo de instrumento, ou o agravo retido nos autos (art. 522, § lo). Dá-se o mesmo se houve duas ou mais denunciações da lide, e só uma ou algumas não foram admitidas pelo juiz.

A lei não permite que o autor denuncie à lide sem ser juntamente com o pedido de citação do réu, nem que o faça o réu após a contestação. Se a petição inicial não continha o pedido de citação do litisdenunciado, i,o autor pode fazê-lo antes de ser citado o réu? Sim, mas tem de ser citado o réu para ter ciência do aditamento.

42 Fica suspenso o processo, mas não o prazo que já estiver em curso. A suspensão do processo só ~ motivo de suspensão do prazo fluente, nos casos do ars. *265,* 1 e III, por força da remissão expressa do art. 180.

43 E também do prazo em curso (arts. 180 e 265, III).

*Art. 72. Ordenada a citação '),ficará suspenso o processo.*

*1 0A citação 4) do alienante, do proprietário, do possuidor indireto ou do responsável pela indenizaçáofar-se-á 2).*

*a) quando residir na mesma comarca, dentro de dez (10) dias,*

*b)quando residir em outra comarca, ou em lugar incerto, dentro de trinta (30) dias.*

*SS 20 Não se procedendo à citação no prazo marcado, a ação prosseguirá unicamente em relação ao denunciante 3)*•

1. Citação do litisdenunciado Se o autor faz citar-se o litisdenunciado, fê-lo ao instaurar-se o juízo. Quando apresentou a petição e o juiz a despachou, vinculou-se à litisdenunciação. Daí ter de ser suspenso o curso da lide, se a citação do réu foi feita; se não o foi, somente cabe fazer-se a citação do réu, suspendendo-se, desde esse momento, a lide. Se foi o réu que litisdenunciou, deve ter requerido a citação no prazo que tem para a contestação. Num e noutro caso, há data fixa, que é a do despacho do juiz na petição inicial do autor ou no requerimento do réu. O único ato que desde esse momento se pode praticar é a citação: citação do réu e do litisdenunciando, se litisdenunciante é o autor; do litisdenunciando, se litisdenunciante é o réu. Tal lapso processual não se equipara, quer em importância, quer em extensão, aos lapsos processuais das suspensões do processo (art. 265). Ainda assim, não vale qualquer ato que durante ele se pratique. Praticado, submete-se aos princípios gerais do Código a respeito de nulidade e sanação. No caso de litisdenunciação pelo autor, somente se pode pensar em suspensão depois de feita a citação inicial do réu (art.

263).

Se é o autor que denuncia a lide, a citação do litisdenunciado érequeridajuntamente com a do réu, de modo que os despachos, de ordinário, são nesse só ensejo. Há a suspensão do processo; i,mas tal suspensão de modo nenhum impede que se citem réu e litisdenunciado, ou a atinge o próprio ato de citação do réu? A solução verdadeira é a primeira, porque o prazo para a citação do réu começou do despacho e, se houvesse suspensão dos atos processuais da citação, suspensas estariam a citação do réu e do litisdenunciado. O prazo para a citação do réu é o de dez dias seguintes à prolação do despacho, prorrogável conforme o art. 219, § § 20 e 30i~ O prazo para a citação do litisdenunciado é de dez dias, se reside na mesma comarca, ou de trinta, se reside em outra comarca (art. 72, § jO)~

Seria absurdo que se tivessem de esperar os dez dias ou os trintas dias, para se citar, depois, o réu. O interesse jurídico do autor na imediata citação do réu pode

ser relevante, *e.g.*, para interromper prescrição, que resulta do despacho que ordena a citação (art. 219, § 10),45 mas pode não ter sido citado o réu, nem prorrogado o prazo, dando causa a se ter como apagada a interrupção (art. 219, § 40)

2. Prazo para citação do litisdenunciado O pedido da citação do litisdenunciado far-se-á, dentro do prazo para a contestação, ou, se litisdenunciante o autor, a citação é pedida com a do réu. Se a residência é dentro da comarca, háo prazo de dez (10) dias para citação; se fora, trinta (30) dias (art. 72, § lo). (No Reg. n0 737, art. 114, previa-se o caso de ser residente fora do Brasil, entendendo o legislador de outrora que causa haveria de prosseguir, a despeito da expedição da rogatória. Nos outros casos, cabia ao juiz marcar o prazo para a citações. A solução, diante do silêncio, era recorrer-se à regra jurídica na qual se concede ao juiz aumentar os prazos da lei onde fossem difíceis os transportes. Distância e dificuldade de transportes são emergências que se valem. Durante esse prazo, havia de ser suspenso o curso da lide, exceto para os atos que ficariam prejudicados com a expedição da rogatória ou da precatória).

3. Acudimento à citação; citação intempestiva e falta de citação Se a citação é feita dentro do prazo, o citado litisdenunciado sofre as consequências de acudir ou de não acudir à litisdenunciação; se a citação não se faz dentro dele, prossegue a ação. Se o autor ou o réu não faz citar o litisdenunciando, ou esse depois de ter sido citado, e a despeito de ter despachado o requerimento, nem um nem outro fica imune à perda da ação regressiva 44 A redação dos § § 20 e 30 do srI. 219 foi alterada pelo art. 1~ da Lei n0 8.952. de 13.12.94: “incumbe à parte promover a citação do r~u nos dez dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário” (§ 2”); “não sendo citado o riu, o juiz prorrogará o prazo aí~ o máximo de noventa dias” (§ 30), revogada a segunda parte do parágrafo, que condicionava a prorrogação a requerimento, feito nos cinco dias seguintes ao termo do decêndio. A prorrogação pode ser outorgada de ofício, a requerimento, no prazo de cinco dias seguintes aos dez do § 10 (art. 185), ou mesmo concedida no próprio despacho que ordenar a citação, consideradas singularidades do caso.

45 A interrupção da prescrição resulta do despacho que ordena a citação, mas retroage à data da propositura da ação (art. 263), conforme a redação dada ao § 1’ do art. 219 pelo *srI.* 1’ da Lei n0 8.952, de 13.12.94.

contra o litisdenunciando, em caso de má-fé. Não é verdade que, sob o Código de Processo Civil de 1939, só houvesse referência ao réu. A persistência do direito anterior foi que causou perplexidades e ainda pensarem os intérpretes na antiga estrutura do pedido de litisdenunciação por parte do réu.

O art. 72, § 20, diz que, não se procedendo à citação no prazo marcado, a ação prossegue em relação ao denunciante.

No art. 96, § 20, do Código de 1939, apenas se falava de prosseguir a ação "contra o réu". A palavra "denunciante" é a apropriada. A relação jurídica processual ou persiste entre denunciante-réu e autor, ou entre denunciante-autor e réu.

Pode dar-se que o autor saia dela, ou que dela saia o réu. Todavia, se algum dos substitutos litisdenunciou outrem, há o que se prevê no art. 73.

Advirta-se que o art. 182 cogita da prorrogação dos prazos em caso de calamidade pública (art. 182 e parágrafo único).

4. Reconhecimento da procedência da litisdenunciação Se o litisdenunciado reconhece a procedência da litisdenunciação e comparece, com ele quer o Código que prossiga a causa, dando-se sucessão subjetiva no processo.

E com o litisdenunciado que daí em diante prossegue a causa. (O autor não pode, dizia a lei processual de 1939, litigar com o litisdenunciante *verbis* "sendo defeso ao autor litigar com o denunciante"). Tal solução, levada a rigor, aberrava dos princípios. Daí termos escrito: "*A laudatio auctoris* pode suscitar a mudança subjetiva. Fazer necessária tal mudança, desatenderia, de muito, às realidades. A adquiriu de B o prédio x; C propõe ação de reivindicação. A litisdenuncia aR. B comparece e expõe o seu direito, de onde nasceu o direito de A. j,Como vedar-se ao autor litigar com o litisdenunciante? i,Então, o comprador de um prédio, pelo simples fato de chamar à autoria aquele de quem o houve, fica privado de se defender no mesmo processo? ~~,Não se pensou em que esse adquirente do prédio pode ter matéria nova a alegar, matéria concernente à prescrição, à sua boa-fé, etc? Na técnica científica, se o litisdenunciado reconhece a procedência das alegações do litisdenunciante, *pode,* se o litisdenunciante consente, assumir, no seu lugar o processo, e então se perfaz a completa substituição, de modo que a outra parte, o litisdenunciante, pode pedir e obter ser desligado da relação

jurídica processual. Poder pedir e obter”).

O legislador de 1973 tomou caminho acertado. Feita a litisdenunciação pelo autor, o litisdenunciado, se comparece, assume a posição jurídica de litisconsorte do denunciante, e pode acrescentar o que achar conveniente àpetição inicial, procedendo-se em seguida a citação do réu. Foi pertinente explicitar-se a litisconsorcialidade do litisdenunciado pelo autor, se comparece. Feita pelo réu a litisdenunciação, ou o litisdenunciado (ou os litisdenunciados), contesta (ou contestaram) o pedido, e o processo prossegue entre o autor (ou autores), de um lado, e, do outro, como litisconsortes, o réu litisdenunciante (ou os réus litisdenunciantes) e o litisdenunciado (ou litisdenunciados), ou o litisdenunciado (ou litisdenunciados) é revel (ou são revéis), ou comparece (ou comparecem) somente para negação da qualidade atribuida: no primeiro caso, há o litisconsórcio passivo; no segundo, o réu denunciante é que prossegue na defesa até o final. Se houve multiplicidade de litisdenunciados e só um ou alguns revéis, ou de um ou de alguns houve contestação da qualidade atribuida, o comparecente ou os comparecentes, que contestam o pedido, são litisconsortes do réu ou dos réus, e todos os litisconsortes prosseguem na defesa até o final.

Se o denunciado confessa os fatos alegados pelo autor, ou se o confessam os denunciados, o denunciante ou os denunciantes podem prosseguir na defesa. Ou prosseguem, ou se desligam.

O litisdenunciado recebe a causa no estado em que se acha. Portanto, se já correu contra a parte, que o chamou, o prazo para recurso, não mais pode recorrer (I~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 22 de maio de 1951, *R. dos T.*, 192, 794).

*Art. 73. Para os fins do disposto no artigo 70, o denunciado, por sua vez2), intimará do litígio o alienante, o proprietário, o possuidor indireto ou o responsável pela indenização e, assim, sucessivamente, observando-se, quanto aos prazos, o disposto no artigo antecedente’»).*

1. Sucessividade de litisdenunciações As origens dos direitos estabelecem pluralidade, no tempo, de titulares e de transferentes. Cada pessoa que foi titular e está em situação de litisdenunciado pode avançar pelo passado, fazendo vir ao processo e à ação o alienante, o proprietário, o possuídor mediato (indireto), ou o responsável pela indenização; e tudo se passa conforme o art. 72, no tocante à

citação, inclusive, se houve requerimento de citação e essa não foi feita, dentro do prazo, a ação prossegue com o denunciado-denunciante.

2. Comparência do litisdenunciado sucessor, se litisdenunciante o litisdenunciado pelo autor Se o autor litisdenunciou e o litisdenunciado por sua vez litisdenunciou, há três litisconsortes: o autor, o litisdenunciado pelo autor e o litisdenunciado pelo que fora litisdenunciado. Para o litisconsórcio não importa qual o número de litisdenunciados.

Qualquer deles pode aditar à petição inicial, procedendo em seguida à citação do réu e dos autores litisdenunciados.

Se houve litisdenunciação pelo réu e litisdenunciações sucessivas, quanto a cada litisdenunciado incide o art. 75.

3. Nova litisdenunciação ou novas litisdenunciações No art. 73, prevê-se ter o litisdenunciado de litisdenunciar outras pessoas (alienante, proprietário, possuidor mediato ou responsável pela indenização). Trata-se de “mais larga denúncia”, conforme se diz na Ordenação Processual Civil alemã, § 72, II: “Der Dritte ist zu einer weiteren Streitverktindung berechtigt”). Não há dúvida quanto a tratar-se de denunciação da lide, às vezes necessárias denunciações da lide. O art. 73 fala de “intimação”, e não de “citação”. No art. 234 define-se a “intimação” como “o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e termos do processo, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa”; e, no art. 213, a “citação”, que é “o ato pelo qual se chama ajuizo o réu ou o interessado, a fim de se defender”. Com a citação põe-se o citado no processo, na relação jurídica processual.

Pergunta-se:tendo o art. 73 falado de intimação, i,os denunciados a lide pelos litisdenunciados não entram na relação jurídica processual? Noutros termos: j,não se fazem eles litisconsortes? j,São apenas, eventual-mente, assistentes?

No direito anterior, não se falava de “intimação” e dizia-se (Código de 1939, art. 95 § 30) que o “denunciado poderá, por sua vez, chamar outrem à autoria e assim sucessivamente, guardadas as disposições dos artigos anteriores”.

A despeito da expressão “intimação”, o art. 73 diz que se tem de observar, “quanto aos prazos, o disposto no artigo antecedente”. Não podemos deturpar o

instituto das litisdenunciações, reduzindo-as, por simples impropriedade da palavra, a uma só litisdenunciação. Quem litisdenuncia cita e assim se entende nos sistemas jurídicos *(e. g.,* Ordenação Processual Civil alemã, § 72; Código Processual Civil e Comercial argentino, art. 110; Código de Processo Civil português (1967) art. 329). j,Como admitir-se que se chama à autoria, que se litisdenuncia, com simples atividade de assistente, não equiparado, sequer, a litisconsorte? O litisdenuncíante não quis apenas assistente, quis que viesse à relação jurídica processual quem está para o litisdenunciado como esse para o litisdenunciante.

Pensemos em que A vendeu a B o prédio que é objeto da ação de reivindicação, mas B vendera a C e C a D, tendo sido proposta a ação por E, terceiro, contraD. Seria absurdo que D não pudesse litisdenunciarC, nem C a B, nem B a A. Uma vez que foram litisdenunciados, sucessívamente, são litisconsortes, e são considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos (art. 48). Têm de ser intimados dos atos processuais (art. 49), e para terem ciência do que ocorreu foram citados.

Se A alugou a casa ou o apartamento a B, B sublocou-o a C e C a D, no contrato, permitia-se que o locatário B

procedesse a alterações nas peças ou nas pinturas, tendo de ser ciente o proprietário, sob pena de ficar extinta a locação, e nos contratos de sublocação disseram o mesmo. O proprietário, A, move ação contra D para haver a posse imediata, mas D litisdenuncia C, C litisdenuncia B. Alguém fez as reformas, sem ter tido conhecimento o proprietário.

A denunciação da lide é obrigatória (art. 70), de modo que cada locatário não exerceu apenas direito de litisdenunciar, cumpriu o seu dever. Diante do que se lê no art. 70 não se pode reduzir a posição dos litisdenunciados sucessivos a simples assistente. São litisconsortes e, em virtude do art. 70 (“a denunciação da lide é obrigatória:...”), litisconsortes necessários (art. 47). Se o litisdenunciado comparece, assume a posição de litisconsorte do denunciante~autor; se feita a denunciação pelo réu, tem-se de atender ao art. *75.* No exemplo que demos acima pode C ou D litisdenuncíado, comparecendo, assumir a posição de litisconsorte do autor e pode aditar à petição inicial, caso em que se tem de citar o réu. Se feita pelo réu a denunciação da lide, ou o denunciado aceita a denúncia e contesta o pedido, o processo prossegue, de um lado, contra o réu e, de outro,

contra o denunciante e o denunciado No caso de revelia do denunciado, ou de comparência apenas para negar a qualidade que se lhe atribuiu, só o denunciante prossegue no processo.

*Art. 74. Feita a denunciação pelo autor'), o denunciado, comparecendo, assumirá aposição de litisconsorte2) do denunciante e poderá aditar a petição inicial3), procedendo- se em seguida à citaçao do réu.*

1. Litisdenunciação pelo autor Para a entrada do litisdenunciado pelo autor no processo e na ação (processual), a solução que deu o legislador de 1973 foi mais radical e mais precisa: o litisdenunciado faz-se litisconsorte; de modo nenhum assume a posição de autor com exclusão do litisdenunciante; litisconsorcia..se; recebe o processo iniciado e pode fazer aditamentos à petição. e tem de ser citado o réu, para que saiba o que aconteceu. Não há, aí, qualquer elemento de simples assistência. Litisdenunciante e litisdenunciado estão a litigar. Se dois ou mais litisdenunciados, conjuntos ou sucessivos, o tratamento de todos é igual como litisconsortes que são. Nas relações com a parte adversa, atuam como litigantes distintos, de modo que os atos e as omissões de um não prejudicam o outro ou os outros.

Qualquer deles pode incoar o processo e todos têm de ser intimados dos atos processuais de que haja intimação.

2. Litisdenunciação e litisconsórcio O autor tem de fazer citar todas as pessoas que sejam, no caso, litisconsortes necessários, com as conseqüências legais relativas ao cumprimento do art. 47 e à omissão (art. 47, parágrafo único).

Qualquer deles, autor ou litisconsortes ou alguns dos litisconsortes citados, pode litisdenunciar; e a ciência do direito exige que apesar de o litisdenunciado pelo autor se tomar litisconsorte, cada um pode litisdenunciar e tem direito a levar adiante o processo e serem intimados dos atos.

As obrigações trabalhistas das empresas concessionárias de serviço público de modo nenhum atingem a União ou outra entidade estatal. É preciso que haja interesse da entidade estatal para que ela se litisconsorcío. Se a União não é acionável diretamente, ou por via regressiva, não pode ser considerada ré, nem assistente equiparado à litisconsorte, nem, tampouco, se há de invocar contra ela o art. 74.

3. Aditamento à petição inicial Se o litisdenunciado é litisconsorte do autor, tem ele o prazo legal para manifestar-se, e pode aditar o que entender à petição inicial, razão por que se há de proceder em seguida à citação do réu (art. 74). Se nada se aditou, não se precisa de outra citação do réu, pois que fora citado quanto à petição inalterada.

Se o litisdenunciado aceita a denunciação da lide, litisdenunciante e litisdenunciado são litisconsortes (art. 75, 1).

Se o réu já foi citado e o litisdenunciado pelo autor fez o aumento à petição inicial após a citação, temos de admitir que o réu tem de ser de novo citado, porque não conhecia o que se aditou. Tal prazo não deixa de ser o que se fixa para a contestação, ou, em caso de procedimento sumaríssimo, o juiz já deve ter fixado a data da audiência e sobre o aditamento há de pronunciar-se o réu.

*Art. 75. Feita a denunciação pelo réu'):*

*se o denunciado a aceitar e contestar o pedido, o processo prosseguirá entre o autor, de um lado, e de outro, como litisconsortes, o denunciante e o denunciado2);*

*II se o denunciado for revel, ou comparecer apenas para negar a qualidade que lhe foi atribuida, cumprirá ao denunciante prosseguir na defesa até final3);*

*111 se o denunciado confessar os fatos alegados pelo autor, poderá o denunciante prosseguir na defesa4).*

1. Denunciação feita pelo réu Se quem denunciou foi o demandado, três ocorrências marcam a eficácia da litisdenunciação: o citado comparece e aceita a denunciação, mas contesta o pedido, caso em que o processo prossegue com o autor e os dois (ou mais de dois) litisconsortes (demandado e litisdenunciado, ou litisdenunciados); ou o citado comparece e nega existir qualquer cabimento para a litisdenunciação; ou não comparece. Da primeira espécie trata o art. 75,1, para dar a solução a que aludimos: a relação jurídica processual, em ângulo, é entre autor e juiz, e juiz e demandado mais litisdenunciado ou litisdenunciados. Das duas outras espécies há menção no art. 75, II.

2. Litisdenunciante, se o litisdenunciado comparece ou não comparece A

litisdenunciação dá ao terceiro a oportunidade de participar no processo. Se a aproveita, tem de ser tratado como litisconsorte. Se não comperece, ou se vai ao ponto de se negar expressamente a entrar no processo, ainda como interveniente adesivo, obra a seu próprio risco. Em ambos os casos, tem de admitircomo eficaz a sentença, como se litisconsorte fora, ou interveniente adesivo, em tudo que se refira às suas relações com a parte. É fácil calcular-se a importância que tem para ele a coisa julgada.

Ingressado, ou não-ingressado na causa, ativo ou não-ativo, o litisdenunciado é como se estivesse na relação jurídica processual desde o momento em que expirou o prazo para o seu comparecimento. Não comparecendo, a causa não pode ficar desamparada. Tem de ser levada até final, para que se apure quem tem razão. Pode bem ser que o litisdenunciado esteja tão certo do seu direito, tão persuadido do ganho da causa, que lhe pareça mais cômodo, ou mesmo mais elegante, assumir o risco. A única solução é a de se obrigar o litisdenunciante a prosseguir, até que se profira a sentença, a recorrer dela, se lhe for (aliás, se lhes for) desfavorável. Entenda-se que, na sustentação do seu direito, o litisdenunciante deve usar de todos os recursos cabíveis, inclusive o recurso extraordinário. Não é obrigado a propor ação rescisória da sentença, porque esse é outro processo. Se propuser a ação rescisória, e ainda não houver liquidado, por ação adequada, a sua situação com o litisdenunciado, tem de litisdenunciá-lo, sob pena de perder a ação contra o litisdenunciado.

O litisdenunciado não tem obrigação de assumir a posição de litisconsorte. Uma das conseqúências é a de que, litisdenunciada a Fazenda Pública, que afastou a oportunidade de entrar no processo (litisconsorciar-se, art. 75, ~ Com a reprodução integral do que nesta nota escrevemos na 1a edição e aqui conservamos, o Juiz da 6a Vara da Fazenda estadual de São Paulo, Doutor Alcebíades da Silva Minhoto Júnior, disse ser manifestamente incompetente a 6a Vara e devolveu o processo à 1 8a Vara Cível *(Diário do Comércio e Indústria*, 10 de outubro de 1974).

A litisdenunciação tem a finalidade *depreservaro* autor- denunciante, ou o réu-denunciante, de consequências que teria a sentença desfavorável ao autor, ou ao réu, respectivamente. Daí a providência de trazer a outra pessoa à relação jurídica processual. No art. 75, II, diz-se que, se o denunciado for revel, ou comparecer apenas para negar a qualidade que lhe foi atribuida, cumpre ao denunciante prosseguir na defesa até final. A revelia ocorre quando transcorrido

o prazo para contestar; se o denunciado comparece e nega a sua qualidade, de certo modo manifestou-se, e apenas entendeu que não havia de contestar. Não se diga que assim se livrou de qualquer eficácia da sentença, mesmo porque a permanência do litisdenunciante éobrigatória. O juiz tem de examinar a contestação do réu-denunciante e a do réu denunciado, se esse contestou. Se foi revel, tanto na espécie do art. 70, 1, como na do art. 70, II, ou na do art. 70, III, sofre as consequências da sentença. Idem, se compareceu apenas para negar a qualidade que lhe foi atribuida. Uma vez, em qualquer caso, que o litisdenunciado não contestou, e o réu sim, então não háo efeito que o art. 319 atribui à revelia (cf. art. 320, 1). Se se apura que o litisdenunciado agiu de má-fé, negando a qualidade que lhe foi atribuida, tem a responsabilidade de que trata o art. 17, o que pode ser apurado no processo e constar da sentença.

Se o litisdenunciado confessa (art. 75, III), isto é, se *reconhece* o que o autor pleiteia, há dois réus, o denunciante e o denunciado, de jeito que o Texto evidentemente incompleto. Parece que o comentarista quis dizer que, se litisdenunciada, em processo em curso num juízo comum, a Fazenda Pública comparecer apenas para negar a qualidade que lhe foi atribuida, ela n5o entra na relação o processual, como aconteceria nas hipóteses dos arts. 74 e *75,* 1, não se tornando litisconsorte. Nesse caso, não se desloca o processo para o juízo privativo dos feitos da Fazenda. art. 48 é de invocar-se, pois houve litisconsortes e os atos e omissões de um não beneficiam nem prejudicam o outro. Se a "confissão" é quanto ao que lhe atribui o réu denunciante, o art. 48 não o atinge, porque é reconhecimento do que disse o denunciante. A "confissão" do art. 75,111, é dos fatos alegados pelo autor, o que dá ao litisdenunciante a escolha: prosseguir ou não na defesa.

O litisdenunciado é parte na ação, quer tenha "aceito" (art. 75, 1) quer não (art. 75, J~, U e 2a partes), quer compareça e reconheça o que o autor alegou (art. 75, III). A aceitação é quanto à litisdenunciação, e não qúanto ao conteúdo do pedido do autor. O litisdenunciado, em qualquer das hipóteses, fica subordinado ao processo e à sentença. Não há saída do denunciante, nem afastamento processual do denunciado.

3. Revelia do litisdenunciado Em caso de revelia do litisdenunciado, ou de comparecer e apenas negar a qualidade (os pressupostos legais) para a litisdenunciação, o litisdenunciado não fica afastado, mas ao litisdenunciante é que incumbe a defesa até final. O litisdenunciante, réu, tem de continuar como

tal; mas, se desfavorável a sentença, nada obsta que ele exerça ação que lhe couber contra o revel ou negador da qualidade. Para ele, o inconveniente está em que não *quis* defender-se (se é que podia ser litisdenunciado) e não se defendeu. Nada pode alegar contra omissões ou erros do réu, ao defender-se.

Se o litisdenunciado pelo autor comparece, litisconsorte é, e pode aditar à petição. Se não comparece, <,como se há de entender a eficácia, da litisdenúncia?

*4.* Confissão pelo litisdenunciado Se o litisdenunciado comparece e confessa o que o autor da ação alegou, tal confissão não tem eficácia contra o réu e pode ele prosseguir na defesa. Tudo isso faz recomendável que, se o litisdenunciado comparece, não se afaste do processo o litisdenunciante.

*Art. 76. A sentença, que julgar procedente a ação'), declarará, conforme o caso, o direito do evicto, ou a responsabilidade por perdas e danos, valendo como título executivo2).*

1.Ação de evicção Os legisladores brasileiros, ao tempo da pluralidade do processo, dividiram-se quanto à possibilidade da cumulação subjetiva e de processos, que terminaria pela condenação do responsável pela evicção, na mesma sentença, a restituir a coisa demandada e a cumprir as obrigações resultantes da evicção.

Enquanto o Código de Processo Civil de Minas Gerais, art. 228, e o do Distrito Federal, art. 150, mandavam que a evicção se pedisse por ação própria, o do Ceará e do Estado do Rio de Janeiro, respectivamente, arts. 158 e 1.200, obrigavam o juiz à cumulação dos processos. Entendiam aqueles que essa solução tumultuaria o desenvolvimento processual e estabeleceria o caso anômalo do réu de uma causa ser o autor da outra e ambos julgados pela mesma sentença. Seria de perguntar-se se também era anomalia o julgamento da ação e da reconvenção pela mesma sentença.

Seja como for, o Código de Processo Civil de 1939, que tanta liberdade dera aos juizes noutros assuntos e tão pródigo foi em cumulações subjetivas e objetivas, aqui cortou cerce qualquer possibilidade de cumulação, ainda quando fosse, *in casu*, o caminho aconselhável.

Na esteira do nosso pensamento e contra o que se errou no Código de 1939,o Código de 1973, no art. 76, não se limitou à permissão dacumulação:

redigiu regra jurídica processual sobre a eficácia sentencial da decisão final a favor do autor.

Mas, conforme adiante mostramos, no Código de 1939, art. 101, apenas se dizia que “a evicção pedir-se-á em ação direta”. Ora, o Código de 1973, no art. 76, estabelece que, se a sentença julga procedente a ação, “declarará, conforme o caso, o direito do evicto, ou a responsabilidade por perdas e danos, valendo como titulo executivo”. Se há litisdenunciação pelo réu, o litisdenunciado é parte, e a sentença desfavorável ao réu tem de decidir quanto ao pedido do autor e quanto ao conteúdo da litisdenunciação (direito do evicto, ou responsabilidade por perdas e danos).

A evicção concerne a quaisquer contratos onerosos, pelos quais se transfere o domínio, posse ou uso. Bastaria isso para se perceber que não só em ações sobre o domínio da coisa se pode litisdenunciar. No entanto, estavam a repetir juristas e juizes, sem meditação, que não há litisdenunciaçáo em ações possessórias, nem em ações em que se vai tomar ao locatário, ou alguém que recebera a coisa, o uso (certa, a 1a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 17 de março de 1953, *R.dos 7’.*, 212, 217). Imperdoável limitação, contra a letra da lei.

Base para se ter o valor dos prejuízos não é o valor da coisa ao tempo da evicção, como impensadamente decidiu o 20

Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 17 de abril de 1952, *R.dos 7’.,* 207,132, e 202, 247); mas sim o que está claramente estabelecido no direito material.

2. Eficácia no tocante à evicção e às indenizações À diferença do direito anterior (Código de Processo Civil de 1939, art. 101), que apenas se referia à pretensão à evicção exercivel na ação direta, o art. 76 estatui que a sentença que julgar favoravelmente a ação, em que ocorreu a litisdenunciação, *declara* (note-se bem: declara) o direito do evicto ou a responsabilidade por perdas e danos, tendo eficácia *executiva* o título. Portanto, em tal parte da sentença, há 5 de declarativídade, e 3 de executividade. Não há a imediatidade da execução; há a execução do titulo judicial.

No art. 76 há erro grave, que é o de se falar de “sentença, que julgar procedente a ação”. A sentença pode julgar improcedente a ação e ter o autor contra o litisdenunciado o direito evicto ou o direito à indenização de perdas e danos. Não é só o réu que pode litisdenunciar. Se foi o autor que litisdenunciou, para evitar que sofra a evicção, ou que não exerça a posse imediata ou para que tenha indenização que lhe tocaria em ação regressiva (art. 70, 1, II e III).

Quando o autor litisdenuncia, é porque espera que se lhe assegure o direito de evicto ou de indenização. Dá-se o mesmo quando quem litisdenuncia é o réu.

No Código de Processo Civil italiano, art. 108, *infine*, lê-se: “... la sentenza di merito pronunciata nel giudizio spiega i suoi effeti anche contro l’estromesso”. Fala-se, certadamente, de sentença de mérito, que pode ser sentença que julgue procedente a ação, ou sentença que a julgue improcedente.

No art. 76 está que o juiz “declarará, conforme o caso, o direito do evicto, ou a responsabilidade por perdas e danos, valendo como titulo executivo”. Aí, há realmente declaração, mas o texto atribui à sentença, no tocante ao litisdenunciado, 3 de executividade, de modo que, relativamente ao art. 76, e não ao mérito da ação em que se litisdenunciou, a sentença tem 5 de declaratividade, 4 de condenatoriedade e 3 de executividade. Quando à eficácia da sentença no que se refere ao mérito da ação, depende de ter sido contra o réu, ou contra o autor, pois só a sentença que julga procedente a ação atinge o litisdenunciado pelo réu, ou só a sentença que julga improcedente a ação atinge o litisdenunciado pelo autor. O art. 76 obriga-nos a esses pormenores, a fim de lhe revelarmos o verdadeiro conteúdo.

Passa-se tudo como se tal titulo sentencial fosse sentença proferida em ação de condenação. Tem de ser proposta a ação de execução de sentença, pois tal título não é extrajudicial. Não poderíamos atribuir 4 de executividade, porque não se precisaria de propor a ação de execução de sentença, nem 5 de executividade porque teríamos de dar ao processo em que houve a litisdenunciação o que não poderia ter a própria sentença a favor do litisdenunciante ou a favor da parte oposta.

Seção IV

Do chamamento ao processo

*Art. 77. É admissível o chamamento ao processo*

*1 do devedor, na ação em que o fiador 3)for réu;*

*II dos outros fiadores, quando para a ação for citado apenas um deles; 111de todos os devedores solidários 4), quando o credor exigir de um ou de alguns deles, parcial ou totalmente, a dívida comum 2)*

1. Conceito de chamamento ao processo A adminissibilidade do chamamento ao processo foi regulada no art. 77, e as espécies revelam o que há de comum entre elas, para se justificar o emprego da expressão “chamamento ao processo”.

O fiador garante a dívida que alguém assumiu; ou a ação é exercida, e podia se exercida, contra o fiador, antes de o ser contra o devedor, ou somente podia ser exercida após a omissão do devedor, que foi judicialmente comprovada.

Em ambos os casos, réu é o fiador e poderá ele, depois da sentença, ou depois do pagamento, propor ação contra o devedor. Os arts. 77-80 tiveram por fito simplificar e tornar tratável no mesmo processo o que poderia depender de ação posterior.

No Código de 1939 não havia o instituto do chamamento ao processo, a que o Anteprojeto do Código de 1973 dava o nome de chamamento à ação, ação, ai, seria “ação” no sentido de direito processual, e acertadamente se corrigiu, para se dizer *chamamento ao processo.* No Código de Processo Civil português, art. 330, emprega-se “chamamento à demanda”, o que é o mesmo, evitando o duplo sentido de ação. Foi nele que se inspirou o Código de 1973.

2. Espécies *a)* Se o fiador ou alguns fiadores seriam réus e foi citado apenas um deles (art. 77, II), ou só alguns (acrescentamos), cabe o chamamento ao processo quanto ao fiador que não foi citado, ou quanto aos que não foram citados. O tratamento vai ser comum e ojuiz, ao julgar procedente a ação, condenará o réu, ou os réus, e os que foram chamados e tinham de ser responsabilizados, conforme os princípios de direito material. *b)* Se há solidariedade, ou se há responsabilidade por partes da mesma dívida *(e.g.*, a dívida A é de x e B é responsável por um terço e C por dois terços de x), cabe o chamamento ao processo.

Se, em vez de solidariedade, ou de sucessividade, há pluraridade de sujeitos passivos da mesma dívida, o caso é de *litisconsórcio,* e não de *chamamento ao processo*.

Se há solidariedade dos devedores, o credor pode exigir de um ou de alguns a dívida (que, ai, aliás, não se deve chamar “dívida comum”), e é admitido chamarem-se ao processo os outros devedores.

O art. 77 faz “admissível” o chamamento ao processo, e não obrigatório.

Surge o problema de saber-se se o chamamento ao processo cabe *a)* no processo sumaríssimo e *b)* no processo de execução. Quanto a *a),* a resposta há de ser afirmativa. Quanto ao *b),* temos diante de nós o art. 598, mas o texto desse é explícito: “aplicam-se subsidiariamte à execução as disposições que regem o processo de conhecimento”. Para que subsidiariedade ocorra é preciso que falte, no que o sistema fixou como de execução, o que permite invocar-se o artigo 598. Primeiro, tem-se de ver o se assunto está no conteúdo dos embargos do devedor. Se a execução é de título extrajudicial, temos de admitir que no art. 745 se diz, com toda clareza, que o réu pode alegar, além das matérias relativas ao embargos do devedor nas ações de execução de sentença, “qualquer outra que lhe seria licito deduzir como defesa no processo de conhecimento”. Ora, ou se admite que o réu, no processo dos embargos do devedor, chame ao processo qualquer das pessoas de que cogita o art. 77, ou não se admite. Os embargos do devedor são outra ação; mas contra-ação, dir-se-á, é defesa. O devedor está no processo, em defesa contra a execução, mas no art. 78 só se fala de “réu” (no prazo para contestar), e quem “impugna”, nos embargos do devedor, éo exeqíiente. Se o devedor executado é o fiador, nos embargos do devedor pode ele, que se está defendendo, chamar ao processo o devedor afiançado para que, ao serem julgados os seus embargos, a sentença, que, aí, o condenou e lhe executara os bens, tenha eficácia de título executivo contra o devedor que não pagara. Se o executado é apenas um dos fiadores (art.

77,1), ou se o credor só exigiu, de algum ou de alguns deles (art. 77, II), ou, sendo solidários os devedores, o credor só executou um ou alguns deles, parcial ou totalmente, a dívida comum (art. 77, III). Não se pode afastar a pretensão *especial* à prestação da tutela jurídica, que está nos arts. 77-80, somente porque a *defesa* do devedor passou a ser em contra-ação, em vez de ser em contestação: há defesa tanto em contestação quanto em impugnação aos pedidos dos credores.

Nos embargos do devedor não se pode,

dir-se-á, pedir que não se execute o réu em ação executiva de título extrajudicial. Ora, não é isso o que se pede, mesmo em ação de embargos do devedor: o que se pede é apenas o chamamento ao processo. O embargante devedor não está a querer que se *altere* a eficácia do titulo executivo extrajudicial. A eficácia do julgado nos embargos do devedor é a mesma que teria se não houvesse chamamento; o plus só ocorre para que a sentença nos embargos do devedor *sirva* de título executivo para exigir do devedor principal aquilo que ele, devedor fiador, pagou, ou para exigir contra um dos co-devedores, ou de cada um deles, a sua quota, na proporção respectiva.

Agora, resta o problema da utilização do chamamento ao processo, em se tratanto de ação executiva da sentença. Se o réu e executado foi fiador, nada impede que nos embargos do devedor, com a finalidade de obter título executivo, contra o devedor-principal, o chame ao processo, ou que, sendo co-devedor solidário, chame ao processo de embargos do devedor aquele que tinha de pagar sua quota, ou os que tinham de pagar as suas quotas.

Nas duas espécies, tem o juiz de suspender o processo de embargos do devedor (arts. 79 e 72); e, uma vez que, aí, o embargante é o autor, a comparência do chamado ao processo o faz litisconsorte do embargante e pode aditar à petição dos embargos do devedor, com a citação do embargado, que é réu na ação de embargos do devedor e é autor na ação executiva.

No art. 595 diz-se: “o fiador, quando executado, poderá nomear à penhora bens livres e desembargados do devedor.

Os bens do fiador ficarão, porém, sujeitos à execução, se os do devedor forem insuficientes à satisfação do direito do credor”. No art. 595, parágrafo único, “o fiador, que pagar a dívida, poderá executar o afiançado nos autos do mesmo processo”. Supõe-se, portanto, que se executou o crédito contra o fiador, e não contra o devedor, provavelmente porque esse não tinha bens, ou não pôde ser citado. Aí, é executado o fiador; se, antes de terminar o processo, aparece oportunidade para se executar o devedor, nos mesmos autos corre tal execução. Se tal circustância não surge, parte da dívida ou toda está paga e somente poderia o fiador ir contra o devedor em ação direta. Ora, se ele tivesse chamado ao processo o devedor principal, estaria, agora, com o titulo executivo (art. 80). Por

onde se vê que é de grande relevância a função do instituto do chamamento ao processo. Não se pode menosprezar, em qualquer espécie de procedimento. No art. 595, parágrafo único, supõe-se ter o fiador pago a dívida, ou parte dela. No art. 77, 1 e II, o fiador ainda não pagou, e devemos advertir que o fiador que foi intimado para a execuçao, tem o prazo de dez dias para embargar (art. 738).

Começou o ensejo para chamar o devedor principal ao processo. Contra o devedor principal e contra o fiador houve título executivo judicial ou extrajudicial. Não há, ainda, contra o devedor título executivo do fiador. Disso ele precisava, porque não pode executar nos autos do mesmo processo o afiançado, porque ainda não pagou a divida, ou parte dela (art. 595, parágrafo único). Não se diga que, por existir o art. 595, parágrafo único, não se pode admitir a invocação do art. 77. As espécies são diferentes e, a respeito do interesse do fiador que não pagou, cabe o chamamento ao processo, e é de toda pertinência, uma vez que se trata de subsidiariedade (art. 598).

O chamamento ao processo pode ocorrer se há algum dos pressupostos do art. 77, nas ações declarativas, nas ações condenatórias, nas ações constitutivas, nas ações mandamentais e nas executivas: chama-se ao processo.

Pode dar-se que o mesmo fiador esteja legitimado a chamar ao processo o devedor, outros fiadores, ou fiadores solidários. Todas as espécies do art. 77, podem ser únicas ou plúrimas. Se há dois ou mais devedores principais, todos ou alguns podem ser chamados ao processo. Dá-se o mesmo se há fiadores de fiadores.

Réu é que chama ao processo, e temos de tratar como réu o executado, porque a sua defesa é em contra-ação. Não se há de pensar nos outros institutos, como o litisconsóricio, a denunciação da lide, a nomeação àautoria. O chamado só vem ao processo, onde pode falar, pois que foi citado.

Quanto ao processo sumaríssimo, não se diga que não é de admitir-se o chaniamento ao processo porque com isso se dilataria o procedimento, que é especial. No art. 275 enumeram-se os casos de procedimento sumarissimo. Seria repelivel que se negasse chamamento ao processo mesmo em certas causas cujo valor não excede vinte vezes o maior salário mínimo vigente no país, uma vez que haja um dos pressupostos do art. 77. *Afortiori,* sobre o que se prevê no art. 275, II, que são causas “qualquer que seja o valor”. O juiz designa a audiência de

instrução e julgamento, sendo o réu citado para comparecer em prazo que não pode ser inferior a dez dias contados da citação (art. 278). É na audiência que o réu contesta e têm de ser observados os ~ l~ e 20 do art. 278. Para o chamamento ao processo, há os prazos do art. 72, ~§ l~ e 20, para a citação do chamamento ou dos chamados, mas, não se podendo atender ao prazo marcado, continua o processo. Ora, para o procedimento sumarissimo, a lei exige que o prazo não seja *inferior* a dez dias contados da citação, de modo que, advindo o chamamento ao processo, o que o juiz há de determinar, após o exame, é a suspensão do processo, e temos de frisar que a suspensão do processo não depende do rito processual (ordinário, sumaríssimo ou especial). Basta que pensemos: no caso de morte ou perda da capacidade processual do autor ou do réu (art. 265, 1) no procedimento sumaríssimo; no de convenção das partes (art. 265, II); no de ter sido oposta exceção de incompetência, de suspeição ou impedimento do juiz (art. 265, III); no de a sentença depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, objeto principal de outro processo pendente (art. 265, IV, *a);* no de só poder ser proferida a sentença depois de verificado determinado fato, ou depois de produzida certa prova, requisitada a outro juízo (art. 265, IV, *b);* no de ser pressuposto para o julgamento da questão de estado, requerido como declaração incidente (art. 265, IV, *c);* no de motivo de força maior (art. 265, V).

Trata-se de casos que não precisavam ser regulados no processo sumarissimo.

3. Fiador e fiadores No art. 77,1 e II, fala-se de fiador e de fiadores. A fiança é garantia pessoal. Promete-se o adimplemento. O fiador vincula-se, não só sujeita ou subordina à execução o seu patrimônio. A dívida é pessoal. Não promete pagar se o devedor principal não paga; nem promete pagar em lugar do devedor: promete o *adimplemento pelo devedor principal.* Se esse não adimple como o fiador prometeu, o que há é infração da promessa do ato de outrem. Se o fiador se fez principal pagador, renuncia ao direito de excussão (nosso *Tratado de Direito Privado,* Tomo XLIV, §§ 4.781- 4.798). A promessa unilateral de garantia de dívida de outrem não é fiança. A fiança é contrato unilateral. Há a bilateralidade do negócio jurídico e há a unilateralidade da prestação prometida. Só se vincula a prestar quem dá a fiança. Há negócio jurídico, quase sempre, entre o fiador e o afiançado, mas, aí, ainda não há a fiança, que é contrato unilateral entre fiador e credor. (Pode ter existido algum negócio jurídico bilateral, mas a fiança é contrato unilateral). No direito babilônico era rara a

fiança. O Código Hamurabi a ela não se referiu. Afiançar é sustentar a cabeça do devedor; o fiador a sustenta (mu-ki-il-ga-ag-ga-di-se). Capital vem de “cabeça”. Já na *Odisséia* (VI, 305-359) aparece o contrato de fiança. Discutimos o assunto no *Tratado.*

No direito germânico havia duas formas de fiança: alguém assumia a responsabilidade pela dívida de outrem, pela entrega do homem (refém, *GeiseO;* em vez de o credor tomar o devedor sob sua custódia, ficando o fiador responsável. A fiança romana quase só se constituía por meio de contrato verbal. Teve-se a *sponsio;* depois, *afldepromissio,* dos não-romasos. *Afideiussio* fez o credor ir contra o devedor ou contra o fiador.

Há várias espécies de fiança, como a fiança, que é a normal, a subfiança, em que há o pré-fiador *(VorbUrge)* e o fiador posterior. Há a retrofiança, para o caso de regresso do fiador contra o devedor principal. Há os co-fiadores, próprios ou comuns (cf. Código Civil de 1916, ad. 1.493). Pode a fiança ser convencional, ou *ex lege*, ou judicial. Há a fiança de indenidade *(fideiussio indemnitatis),em* que o fiador somente responde pelo que o devedor deixou de pagar ou pelo que o credor n~o pode conseguir do devedor. A fiança pode ser plena, ou não-plena (parcial), por só haver garantia de algum tanto.

A todas as fianças havemos de entender que se refere o art. 77, 1 e II.

No art. 595 está escrito: “O fiador, quando executado, poderá nomear à penhora bens livres e desembargadOS do devedor. Os bens do fiador ficarão, porém, sujeitos à execução, se os do devedor forem insuficientes à satisfação do direito do credor”. O art. 80 vai cogitar da sentença que foi condenatória dos devedores, assunto do art. ‘17,111. Pode ter acontecido que foi iniciada a exedução contra o fiador; conforme já dissemos, não é o art. 595 que se há de invocar, pois já se verificou a insuficiência (ou a inexistência) dos bens do devedor. O art. 77,1 e II, leva ao art. 80.

Pode ser que o fiador chame ao processo outro fiador ou outros fiadores e não todos os que teriam de ser chamados. O

que seria responsável, após outro ou após outros que poderiam ser chamados e não o foram, pode alegar isso ao ser chamado, pois o responsável ou os responsáveis antes do chamado não o foram. A sentença há de referir-se a isso,

mas, de qualquer forma, executado com o título do art. 80, o fiador postenor aos outros pode alegar não ter sido respeitada a ordem dos fiadores. Na sentença convém fazer-se explícita a sequência.

Se o fiador chamado aponta o anterior ou os anteriores temo fiador-réu de providenciar quanto ao chamamento ou aos chamamentos para que seja sucessiva a eficácia da sentença.

4. Devedores solidários O art. 77,111, supõe serem solidários todos os devedores. Se há pluralidade de sujeitos passivos da mesma dívida, sem serem solidários, o caso sena para litisconsorciação, e não para chamamento ao processo. A solidariedade permite que o credor vá apenas contra um ou alguns dos devedores. O art. 77, III, explicita que o devedor solidário réu ou os devedores solidários réus podem chamar ao processo o devedor ou os devedores que não foram postos como réus. Não há, aí, litisconsorciação, posto que haja algo de inclusão como réu; o que se compõe é a chamada ao processo, no qual o juiz verifica a solidariedade dos devedores chamados ao processo, para que, diante do ato do réu (devedor solidário), que presta o que deviam, tenha ele o executivo para exigir do outro ou dos outros *a* sua quota, na proporçãO correspondente.

*Art. 78. Para que o juiz declare, na mesma sentença, as responsabilidades dos obrigados, a que se refere o artigo antecedente, o réu requerera, no prazo para contestar, a citação do chamado* ‘).

*Art. 79. O juiz suspenderá 2) o processo~ mandando observar, quanto à citação e aos prazos, o disposto nos arts. 72*

*e 74.*

1. Citação e prazo para contestar No prazo que tem o réu, ou que têm os réus, para a contestação há de ser requerida a citação do chamado ou dos chamados. Aí, a citação é chamamentO: proceSSO já há, e nada tem o autor com as providências. A finalidade é permitir-se ao juiz que declare a responsabilidade do chamado ao processo ou dos chamados.

2. Suspensão do processo Há a suspensão do processo desde que o juiz defere o requerimentO da citação, que é chamada ao processo4’. O chamado que reside

na mesma comarca, tem de ser citado dentro de dez dias, o que é dever do oficial de justiça,48 se o chamado reside noutra comarca, ou em lugar incerto, dentro de trinta dias, o que supõe deveres de todas as autoridades que tenham de levar ao fim a citação. Se a citaçãO não -procedimento em que só é se faz no prazo marcado, prossegue a ação , o figurante passivo o réu, ou só são os réus, se há dois ou mais.

Se o chamado ao processo comparece, assume a posição que lhe compete, que é a de parte, algo como réu. Há depois o prazo para contestaçãO.

No Anteprojeto do Código de Processo Civil, que dizia "chamamentO à ação", e não "chamamento ao proceSSO"~

não havia artigo que correspondesse ao art. 79. No Projeto n0 818-A, de 1972, COnStOU o ad. 84: "O juiz suspenderá o processos mandando observar, quanto à citaçãO e aos prazoS, o disposto nos arts. 77 e 79". Ao art. *Ti* do Projeto correspondes hoje, o art. 72.0 ai-t. 79 do Projeto era aquele que estabelecia: "Feita a citaçãO do únicO

Também aqui, tal como ocorre no caso do art. 72. suspende-Se o processo~ mas não se suspende aprazo que já estiver em curso. Suspensão do prazo e sUSpensão do processo os fenômenos diferentes. Esta só dá causa àquela havendo disposição legal expreSSa, Como a do art. 180.

ou do último denunciado, seguir-se-á o prazo para contestar". Ora, tal artigo desapareceu, de modo que é outro o atual art. 74: nele se alude à hipótese de partir do autor a litisdenunciação (assunto dos arts. 70-76) e o denunciado, comparecendo, assumir a posição de litisconsorte do denunciante, podendo "aditar a petição inicial, procedendo-se em seguida à citação do réu". Tal regra jurídica de modo nenhum pode ser levada à Seção IV. Nela, o réu é quem chama alguém ao processo, não o autor. O réu e os chamados ao processo vão ter o prazo que tem o réu ou os réus, novo prazo para contestação, porque ordenada a citação ou ordenadas as citações, ficou suspenso o processo.

Pergunta-se se o chamado ao processo não comparece, i,como se há de considerar a eficácia da sentença quanto ao chamamento ao processo? O que havemos de entender é que o chamado ao processo ou os chamados ao processo, se revéis, ficam sujeitos a que a sentença os apanhe. Comparecendo, pode

qualquer chamado ao processo alegar que não podia ser chamado, uma vez que não ocorreu qualquer dos pressupostos do art. 77. Com isso dá os elementos para que a sentença tenha a eficácia que lhe atribui o art. 80. Ao proferir a sentença, tem o juiz de dizer se foi legitimado passivo o chamado ao processo, ou se não podia ser chamado. Nada tem de eficacial a sentença se o juiz reconhece que a pessoa não podia ser chamada ao processo. Tal se dá mesmo se o chamado não compareceu.

Não se diga que o chamado ao processo, que comparece, fique ao lado do réu como litisconsorte. Nem que a relação jurídica a apreciar-se seja entre o autor e ele: é entre ele e o réu. É preciso que se não deturpe o instituto, confundindo-se com outros. A execução do afiançado nos mesmos atos do processo contra o fiador (art. 595) depende de poder o fiador desde logo exercer a sua pretensão. Se, por exemplo, o afiançado não tem bens nomeáveis, ou está no estrangeiro, até que se pudesse exercer a ação executiva do art. 595,o caminho certo seria o chamamento ao processo, para que, mais tarde, quando voltasse o afiançado, ou quando tivesse bens, utilizar-se o fiador do título executivo do art. 80.

1. Sentença favorável ao autor O juiz tem de julgar a ação contra os devedores, posto que, em alguns casos, a responsabilidade só resulte da condenação de algum ou de alguns figurantes. Quanto aos chamados ao processo, a lei considera título executivo judicial a sentença, sejam solidários, ou por percentual ou quotas percentuais os devedores.

2. Alcance do julgado Ao condenar o devedor, ou os devedores, declarada a relação jurídica entre ele, ou eles, e o chamado ao processo, ou os chamados ao processo, a lei, no art. 80, em vez de ater-se à eficácia sentencial declarativa (cf. 78, *verbo "declare")*, atribui à sentença contra ele, ou eles, a eficácia executiva para quem satisfez a dívida contra o devedor principal, ou de cada um dos co-devedores, conforme a quota que a cada um correspondente.

A sentença, no tocante à eficácia do art. 80, é declarativa do direito do fiador ou do devedor solidário. Com isso, evita-se a ação condenatória, pois já é elemento contenutístico o titulo executivo. ~,Como se há de tabelar a eficácia sentencial a respeito dos chamados ao processo? A declaratividade é 5, a condenatoriedade 4, a executividade 3, tal como acontece em se tratando de sentença em litisdenunciação. Tem de ser proposta a ação executiva, tal como acontece na espécie do art. 76.

A expressão “declare” que está no art. 78, como “declarará” está no art. 76, não é errônea. Daí se parte para condenatoriedade e para executividade. O que há de especial é que não se executa nos autos, executa-se fora. Tudo se passa diferentemente do que acontece no art. 595, parágrafo único, pois nesse o peso de executividade é 4, em vez de 3, razão porque se executa o afiançado nos autos do mesmo processo.

*Art. 80. A sentença, que julgar procedente') a ação, condenando os devedores, valerá 2) como título executivo, em favor do que satisfizer a dívida, para exigi-la, por inteiro, do devedor principal, ou de cada um dos co-devedores a sua quota, na proporção que lhes tocar.*

TÍTULO III

DO MINISTÉRIO PÚBLICO

DO MINISTÉRIO PÚBLICO 1)2)3)4)

1. Ministério Público Com o nome de *Ministério Público* indica-se, nas leis, o *ofício.* Aos órgãos a que incumbe dão-se outros nomes, que mais os caracterizem: Procurador-Geral da República, Procuradores (Gerais ou não) dos Estados-membros, Procurador dos Feitos da Fazenda Municipal, Curadores de Famlia, Curadores de Ausentes ou de Família e Ausentes, Procurador Criminal da República, Promotor, nome que também se usava para designar os Curadores, e hoje, de ordinário, indica as pessoas que exercem em primeira instância, o Ministério Público Criminal etc.49

Trata-se de ofício particularmente *ativo,* a que se não pode emprestar, sem grave deformação semântica, o significado de órgão coordenador de atividades governamentais.50 Só coopera. ~,Que é que o Ministério Público coordenaria? Ele não ordena, nem, tampouco, coordena. Ele *promove,* postula, pede, impetra, litiga. Nenhum ato dele é de ordenação, ou de coordenação. É de *promoção.* A atividade, a que se possa aludir, é sua, e consiste em promover. O velho termo Promotor era expressivo. A atividade ou é positiva ou negativa (= de defesa).

Sobre o Ministério Público, veja-se a seção Ido cap. IV do tít. ív da Const. 88 (arts. 127 a 130). O Ministério Público é regido pela Lei orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n0 8.625, de 12.2.93). O Ministério Público da União

tem por chefe o Procurador-Geral da República (Const. 88, art. 128, § 10) e o dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. o Procurador-Geral de Justiça (Const. 88, ai-t. 128, § 30, e Lei orgânica, art. 70, 1, e cap. III, seção 1, art.

90) Ao Ministério Público é vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas (Const. 88, art. 129, IX). A Advocacia-Geral da União, chefiada pelo Advogado-Geral da União, é a instituição que a representa, judicial e extrajudicialmente, salvo na execução da dívida ativa de natureza tributária, quando a representação cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (Const. 88, art. 131, § § 10 e 30) A representação judicial e a consultoria jurídica dos Estados e do Distrito Federal se faz pelos respectivos procuradores (Const. 88, art. 132), os quais, tal como os defensores públicos (Const. 88, art. 134) e os procuradores municipais, não integram o Ministério Público.

50 O Ministério Público não coordena atividades govemamentais. sendo-lhe defeso semelhante encargo, que não se inclui entre suas funções institucionais (Const. 88, art. 129).

Certo, é essencial ao oficio do Ministério Público promover; e *esse promover é tão essencial à vida das sociedades contemporâneas, e cada vez o será mais intimamente,* que constitui atividade obrigatória. Dois princípios o governam: o *princípio de legalidade* (no Brasil, desde 1934, de *constitucionalidade)* e o de *hierarquia funcional.St* Não há, portanto, possibilidade de se introduzir na estrutura e no regime de tal ofício o *princípio de oportunidade,* de que tratam, a outros respeitos, a processualística e a política. O exercício das funções não pode depender de considerações de oportunidade. Existe Ministério Público, assim na União como nos Estados-membros, e as suas funções têm de ser exercidas. O Governador não pode, como o Presidente da República também não o poderia, ordenar que, em certo caso, ou em certas espécies, o Ministério Público não promova.

A inserção do Ministério Público na tratação institucional da Constituição explica-se pela natureza *obrigatória* do oficio. Não se pode cercear; ou tolher, ou dirigir a liberdade de juízo, de pensamento e de ação, do Ministério Público.

O de que ele se incumbe é de velar pela *observância das leis,* decretos, regulamentos, resoluções e instruções, na tutela dos interesses do Estado, de

certas instituições, de incapazes, de massas e de ausentes. É o órgão, ou conjunto de órgãos, pelo qual se exerce o interesse público em que a justiça funcione. Posto que ligado ao ordenamento judiciário, não faz parte da Justiça, não é órgão judiciário, mas administrativo. E um dos ramos heterotópicos do Poder Executivo, a que a Constituição de 1934 atribuía caráter mais independente dele do que o têm outros, e daí a noção de "cooperação nas atividades governamentais", ao lado do Tribunal de Contas, anexado ao Poder Legislativo.

A Constituição de 1967 livrou-se disso.52 A aproximação dos dois importaria a elevação de um e a diminuição do outro, se pudesse a rubrica alterar-lhes a natureza própria que resulta das regras jurídicas.

A matéria dos textos constitucionais constitui prova de atitude doutrinária da Constituição. Uma das muitas que se nos deparam nos nossos dias. Existem: *a)* a dos que reputam o Ministério Público duplicação supérflua, inútil, dispendiosa, ao lado dos magistrados, a que se atribuiam funções de julgamento de ofício, hoje minguadas; *b)* a dos que sóo explicam como fato psicológico de desconfiança da magistratura, e foi devido, em sua origem francesa, porém não em sua origem luso-brasileira, a elemento político; *c)*

51 A independência funcional é um dos princípios institucionais do Ministério Público (CF. art. 127, § 10).

52 Também a de 1988 (vd., especialmente art. 127 e *§).

a dos que lhe querem a conservação como corpo autônomo, ao mesmo lado, mas diferente, da magistratura, ligado mas independente do Poder Executivo. Representante da lei, dizem os penúltimos; e não do Poder Executivo, aditam os últimos. Órgão , por si, do interesse público de qi~e as leis e mais regras jurídicas se cumpram. Foi a essa opinião que se prendera a Constituição de 1934 e, depois, a de 1946; mas, depois, a de 1967, nos então arts. 137-139, pôs o Ministério Público não em título à parte e sim em seção do Capítulo VIII, que cogita *Do Poder Judiciário.53* Frisou-se a sua auxiliaridade à Justiça. A propósito escrevemos na l~ edição: "Não lhes exageremos a coerência. Prendeu-se, mais na forma do que na substância, a esse conceito exaltador do oficio do Ministério Público. Porque se manteve a demissibilidade adnutum do Procurador-Geral da República, que é o Chefe do Ministério Público Federal em toda a Justiça, o que permite ao Estado-membro (e lhe sugere) considerar

igualmente demissivel o Procurador-Geral do Estado.54 Órgão que fica exposto à vontade de outro órgão não tem aquela independência que fora de mister à concepção do Ministério Público (Fiquem aqui os nossos votos para que futura emenda constitucional faça eletivos, por eleição direta ou indireta, *pelo menos,* o Procurador-Geral da República, os Procuradores-Gerais dos Estados-membros, do Distrito Federal, dos Territórios e os Procuradores perante os tribunais federais).” A Emenda Constitucional n0 1, de 17 de outubro de 1969, em vez de prosseguir na concepção de 1967, volveu à concepção anterior, e colocou as regras jurídicas sobre o Ministério Público como Seção VII do Capitulo VII, que é sobre o Poder Executivo.55

O Ministério Público, como órgão estatal, *presenta* a unidade a que pertence. Além dessa função, pode ocorrer que *represente,* de modo que exerce procura, em vez de *presentar.* Pode exercer função puramente fiscalizativa, função que vai da vigilância da atividade dos seus subordinados.

o Ministério Público está no Tís. lv, concernente à organização dos poderes, mas não em capítulo relativo ao Executivo, Legislativo ou Judiciário e, sima, no Capítulo IV, dedicado às funções essenciais àjustiça, e, ali, na Seção 1 (arts. 127 a 130).

54Nem o Procurador-Geral da República, nem o Procurador-Geral de Justiça (que é o nome do chefe do Ministério Público das unidades federadas) são demissíveis *ad nufuom.* Nomacados para mandato de dois anos, permitida a recondução (Const. 88, art. 128, §§ l~ e 30), a destituição do primeiro se faz por iniciativa do Presidente da República, precedida de autorização da mamona absoluta do Senado Federal (Const. 88, art. 128, * 2”). A do segundo, por deliberação da maioria absoluta do Poder Legislativo, na forma da lei comaplementar. O * 20 do art. 90

da Lei 00 8.625. de 12.2.93, dispõe que a destituição do Procurador-Geral de Justiça, por iniciativa do Colégio de Procuradores, deverá ser precedida de autorização dc um terço dos membros da Assembléia Legislativa norma visiveímaente inconstitucional, quanto ao *quorum.* dos à verificação dos atos da omissão na aplicação das regras jurídicas. Pode, ai, agir de ofício, ou em respostas a consultas. Na espécie de que trata o art. 478, parágrafo único, isto é, quando o tribunal reconhece haver divergência nos acórdãos e vai colimar a uniformidade da jurisprudência, o chefe do Ministério Público que funciona

perante o tribunal tem de ser ouvido.

Quanto à titularidade da função presentativa, a missão mais ressaltante que tem o Ministério Público é a de exercer a pretensão à tutela jurídica, que o Estado prometeu a todos e a ele mesmo. Com isso, o Ministério Público, que presenta o Estado, para obter o que o próprio Estado prometeu quando passou a si a Justiça, afastando, quase integralmente, a justiça de mão própria, articula o que põe a exame da Justiça o direito, a pretensão e a ação de direito material.56 Passa-se isso no plano do processo civil e no plano do processo penal. “Ação”, no art. 81, ao referir-se a

“direito de ação”, é a ação de direito pré-processual e processual, pois que, ai, o que o Ministério Público pede é a prestação jurisdicional. A ação de direito material é objeto do pedido.

Compreende-se que só regras jurídicas especiais apontemos casos em que lhe cabe, como órgão do Estado, exercer a pretensão à tutela jurídica. O princípio hásico é o de que só tem tal pretensão e só a podem exercer os titulares do direito material, de modo que a *lei* é que passa ao Estado a exercitabilidade da ação, ai chamada (art. 81) “direito de ação”. Parte, verdadeiramente, é o Estado, pois que o Ministério Público o presenta. Como exemplo, podemos citar os arts. 138, 1, 188, e 499 e § 20, relativos à função. Quanto ao objeto, é preciso que a lei atribua ao Estado a pretensão à tutela jurídica, o que é assunto do art. 82, 1, II e III.

2. Ministério Público, federal e local A lei federal incumbe organizar o Ministério Público federal, o da Justiça comum (abstraído de ser *local* o juiz), militar, inclusive estadual (se a lei federal entender conveniente), eleitoral e do trabalho. Não se falou do Tribunal de contas,57 por ter trato à parte do Poder Judiciário. É a lei, constitucional ou ordinária estadual, que organiza a Justiça estadual e o Ministério Público estadual. A lei federal organiza a Justiça do Distrito Federal e organiza ou deixa à legislação local organizar o Ministério Público, quanto aos que, se se tratasse de Ministério Público estadual, teriam de ser regidos pela lei estadual. O art. 130 da Const. 88 preceitua que ‘aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas aplicam-se as disposições desta seção pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura.”

cargos do Ministério Público municipal58 do Distrito Federal, salvo alguma

regra jurídica inserta na lei orgânica, são providos pelo Governador. Pelos Governadores, quanto aos Territórios.

3. Procurador-Geral da República A Constituição de 1967 manteve a livre demissibilidade do Procurador-Geral da República,59 que desde a Constituição de 1891 se colheu, sem exigir que a escolha recaia em Ministro do Supremo Tribunal Federal, como queria a Constituição de 1891. (O Procurador-Geral da República demissível é deturpação completa da sua figura. Toma-se *agente político do Governo.* j,Como se há de esperar que denuncie altas autoridades da administração financeira e da policia quem, com tal atitude, se exporia à demissões? As leis dão garantias a Promotores, Procuradores, Curadores e Adjuntos; nega-as ao Chefe do Ministério Público Federal a Constituição.

Onde não há garantia a quem denuncia, não há regime de responsabilidade. Aqui fica, *de lege ferenda,* o nosso voto contra o rebaixamento de uma das mais delicadas missões da República. Precisa ser *eleito,* e não *nomeado e demissível.)6*<>

4. Funções federais Sempre que a lei comete a Promotores, ou Curadores, ou outros membros do Ministério Público *local,* funções de Ministério Público *federal,* é ele órgão federal, com a responsabilidade regida pela lei federal e sob as mesmas regras jurídicas de julgamento que forem ditadas para os outros membros do Ministério Público federal.

*Art. 81. O Ministério Público exercerá') o direito de ação nos casos previstos em lei, cabendo-lhe, no processo, os mesmos poderes e ônus que às partes2).*

1. Funções do Ministério Público O Ministério Público exerce pretensão à tutela jurídica, com a propositura de ações, como órgão de entidade estatal, ou como representante de alguma pessoa que entra na classe das que a lei reputa estar em estado de necessidade da tutela jurídica.6'

58 Não existe Ministério Público municipal, mas só Ministério Público da União, do Distrito Federal e Territórios e Ministério Público dos Estados.

59 *Almter,* a Const. 88. Veja-se a nota 54.

60 A Const. 88 e a Lei 00 8.625, de 12.2.93, acolheram a opinião de Pontes de

Miranda, salvo quanto à escolha do Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República, após a aprovação da maioria absoluta do Senado (art. 128, * 10).

61 A Const. 88 proibe ao Ministério Público a representação judicial de entidades públicas (art.129, IX), moas lhe confere legitimidade para a ação civil pública, a ação de inconstitucionalidade. as ações de defesa dos direitos e interesses das populações indígenas (aqui, comno substituto processual). Não está o órgão proibido da representação judicial de outras pessoas, que não as entidades públicas, contanto que autorizado por lei.

art. 81 apenas diz que “o Ministério Público exercerá o direito de ação nos casos previstos em lei”.

Direito de ação, direito de agir, de exercer a pretensão à tutela jurídica, sem que tal pretensão coincida com alguma pretensão sua de. direito material.

A discussão em tomo de ser parte ou não nos processos o Ministério Público, o que se passa no Brasil e no estrangeiro, é de exprobrar-se, porque inócua e impertinente. O Ministério Público é órgão do Estado: presenta-o.

Não é ele que propõe a ação, é o Estado, por seu órgão. Temos, no plano da ciência do direito, de repelir as divergências: uns dizem que o Ministério Público não é parte, outros dizem que é parte. Parte, em todos os casos que se apontam, é a entidade estatal, que o Ministério Público *presenta.* Não se diga que no art. 81 se faz parte o Ministério Público. O que aí se diz é que o Ministério Público “exercerá o direito de ação nos casos previstos em lei, cabendo-lhe, no processo, os mesmos poderes e ônus que às partes”. Não é parte, exerce o direito de ação, que tem a entidade estatal, e cabem-lhe *no processo,* os mesmos poderes e ônus que às *partes.* Portanto, não é parte. Não disse que seria tido como parte; mas apenas tem os poderes e ônus das partes. Se em algum texto se disse que C tem os mesmos poderes e ônus que A ou B, de modo nenhum se disse que C é A ou é B.

A função do Ministério Público, quando funciona nas espécies do art. 82, é, de ordinário, *presentativa:* a entidade estatal age como autor ou como réu, presentada pelo órgão , que é o Ministério Público. No art. 82 e no art. 83, como no art. 84, se fala de “intervir”, “intervindo”, “intervenção”, desce-se ao étimo

*intervenire,* vir (por) dentro. Aí, há alusão à relação jurídica processual, em que o Ministério Público ou presenta parte, ou entra como terceiro, entrada que pode ser em *oposição* (arts. *56-61),* em *nomeação à autoria* (artigos 62-69), ou em *litisdenunciação* (arts. 70-76), ou em *chamamento ao processo* (arts. 77-80). Não nos escape que, como parte, entre em *litisconsórcio,* positivo ou negativo (arts. 46-49), ou em *assistência* (arts. 50-55), inclusive *litisconsorcial* (art. *54,* parágrafo único).

Na fiscalização, o Ministério Público atua como órgão da entidade estatal, porém, sem que a entidade estatal esteja, ai, como parte. De qualquer modo, ele não representa: presenta a entidade estatal, em função fiscalizadora, porque quem fiscaliza, verdadeiramente, é a entidade estatal. A respeito do mandado de segurança, é ouvido o Ministério Público, após o' prazo que tem a autoridade notificada para prestar informações (Lei n0 *1.533,* de 31 de dezembro de 1951, arts. 701 e 10). Ai, ele não é presentante da entidade em ação, mas, uma vez que há apenas a função de fiscal da lei (expressão do art. 83 do Código de 1973), que, ai, é obrigatória, surge a razão por que se podem invocar os arts. 84 e *85.* Em tal atividade, o Ministério Público não é representante da entidade estatal, autora ou ré, posto que possa a autoridade co-autora, contra a qual se pede o mandado de segurança, usar do seu órgão como presentante. A autoridade administrativa co-autora tem o prazo de quarenta e oito horas, contado da notificação, para a remessa ao Ministério ou ao órgão a que se acha subordinada e ao Procurador-Geral da República, ou a quem presente judicialmente a União, o Estado-membro, o Município, ou a entidade apontada como co-autora, que então pode pedir a suspensão da medida ou defender-se (Lei n0 4.348, de 26 de junho de 1964, art. 30)• Tem-se de distinguir de qualquer função do Ministério Público, quando presenta a entidade co-autora, a função fiscal, posto que as duas possam caber ao mesmo órgão, o que, *de iure condendo,* deveria ser afastado, em regra jurídica sobre o processo de *habeas corpus* e o processo de mandado de segurança. Seria mesmo recomendável a inscrição em direito constitucional. A mistura das funções é reprovável.

Quanto às ações, em que o Ministério Público exerce o "direito de ação", cujo conteúdo acima mostramos, o Ministério Público presenta, e a entidade que ele presenta é autora, ou é ré; mas algumas vezes já pende alguma ação e o Ministério Público entra na relação jurídica processual sem se ligar, necessariamente, ao autor ou ao réu. Pode até argUir que não tem razão qualquer

das partes. Todavia, pode acontecer que assista alguma delas, exercendo os mesmos poderes e sujeitando-se aos mesmos ônus processuais que o assistido; de modo que, sendo revel o assistido, se faça seu gestor de negócios (art. 52 e parágrafo único). Temos de atender a que há interesse de quem é parte (autor ou réu) e interesse de quem não é parte (cf. art. 213).

Há muito de comum entre a função presentativa do Ministério Público e a função fiscalizadora, mas devemos afastar qualquer afirmativa de que é a mesma a que ele exerce, não se podendo distinguir (cf. José Frederico Marques, *Manual de Direito Processual Civil,* 1, 291). Por outro lado, afastar-se a função do Ministério Público, como presentante, nos procedimentos de jurisdição voluntária, seria contradição manifesta com os textos do Código (art.

1.104: “O procedimento terá início por provocação do interessado ou do Ministério Público”; art. 1.105: “Serão citados, sob pena de nulidade, todos os interessados, bem como o Ministério Público”; artigo 1.126: “Conclusos os autos, o juiz, ouvido o órgão do Ministério Público, mandará registrar, arquivar e cumprir o testamento, se lhe não achar vício externo, que o torne suspeito de nulidade ou falsidade”; art. 1 .131: “Serão intimados para a inquirição: III o Ministério Público”; art. 1.141, sobre escusa do testamenteiro, a respeito da qual são “ouvidos os interessados e o órgão do Ministério Público”; artigos 1.144, 1, 1.145, § 20, e 1.151, sobre herança jacente; art. 1.163, § 20, sobre requerimento do órgão do Ministério Público sobre bens de ausentes; art. 1.169, sobre contestação em caso de regresso do ausente; art. 1.172, sobre coisas vagas; arts. 1.177-1.186, relativos à curatela de interditos, em que o órgão do Ministério Público pode ser quem a promove (aí, presentando a entidade estatal); art.

1.188, parágrafo único, sobre a promoção, pelo órgão do Ministério Público, da especialização de hipoteca legal; art.

1.194, quanto à remoção de tutor ou curador; arts. 1.199-1.204, sobre organização e fiscalização das fundações).

Há espécies em que a promoção da ação é pelo órgão do Ministério Público, como se se cogita de extinção de fundação, é relevante, mas pode ocorrer aí a litigiosidade.

O órgão do Ministério Público tem legitimação recursal, sempre que presenta

entidade estatal, e mesmo se apenas funciona como fiscal (art. 499, § 20).

O Ministério Público tem função *consultiva*, função *fiscalizadora*, função *interventiva* e função *de propositura de ação*. O art. 81 somente se referiu à última, que depende, em cada espécie, do texto da lei, que lha atribua em "casos previstos em lei". Se isso ocorre, tem os poderes, os deveres e os ônus das partes, pela missão de figurante da relação jurídica processual que os textos legais lhe conferiram. Nas ações criminais todos sabem como o Estado tem de fazer sujeito da relação jurídica processual penal o Ministério Público. Nas ações cíveis, cumpre que se mostrem alguns exemplos. Se o pai ou a mãe abusa do seu poder, ou falta aos deveres , ou causa danos ao patrimônio do filho, ou dos filhos, pode o Ministério Público exercer a ação para que ojuiz decrete a medida adequada à segurança, à saúde, à educação e aos haveres do menor, inclusive a suspensão do pátrio poder. No caso de menores abandonados precisam de tutores ou curadores e ao Ministério Público toca a missão de pedir ao juiz que os nomeie. As interdições também podem ser promovidas pelo Ministério Público se o caso é de loucura furiosa, se não existem, ou não pedem a interdição o pai, a mãe, o tutor, o cônjuge ou algum parente próximo, ou se os que o poderiam fazer estão incapazes.

Em se tratando de ausência, sem noticia da pessoa e sem quem a represente ou dela seja procurador, tem o Ministério Público a função de pedir a nomeação de curador. Esgotado o prazo para que se saiba onde está o ausente, e sem que apareça quem o represente, ou dele seja procurador, e sem alguém que peça a abertura de sucessão provisória, surge para o Ministério Público a legitimação ao pedido. A decretação de nulidade ou da anulação de casamento pode ser pedida pelo Ministério Público. O Ministério Público, aí, age como órgão do Estado em matéria de interesse direto do Estado, função inconfundível com a que tem o Ministério Público nas espécies de vigilância dos interesses de incapazes. (Observe-se que não há a decretação de nulidade de oficio, posto que possa haver a declaração de inexistência do casamento, feita, de oficio, pelo juiz.) *Defensor matrimonii,* o Ministério Público é parte no processo, se a lei lhe criou tal função, porém não estende às ações de desquite ou de divórcio, porque, aí salvo se advém regra jurídica especial, é meramente fiscal.

As funções dos órgãos do Ministério Público são diferentes entre si: ora ele atua como parte-autor (art. 81: "exercerá o direito de ação nos casos previstos em lei"), ora como parte-réu *(e.g.,* art. 188: "...prazo para contestar... quando a parte

for... o Ministério Público"), ora na via recursal (art. 499, §

2~:..."O Ministério Público tem legitimidade para recorrer assim no processo em que é parte, como naqueles em que oficiou como fiscal da lei"). Inclua-se na legitimação ativa ou passiva do Ministério Público a que concerne à ação rescisória (art. 487, 1, II e III). Não se pense em só ser legitimado nos casos do art. 487, III, *a)* e *b)* "se não foi ouvido no processo, em que lhe era obrigatória a intervenção", '~quando a sentença é o efeito de colusão das partes, a fim de fraudar a lei." O Ministério Público pode ter sido parte no processo, ou ter sido sucessor a título universal ou singular (art. 487, 1), como pode ter sido terceiro interessado (art. 487, II). Pode mesmo pedir rescisão se no processo em que se proferiu a sentença que transitou em julgado apenas recorreu com função de fiscal *(Tratado deAção Rescisória*, ~a ed., 184 e 333).

2. Entidade estatal, parte no processo Nas ações em que é parte a União, algum Estado-membro, ou o Distrito Federal, ou Território, ou alguma outra entidade estatal ou paraestatal, o Ministério Público é órgão da parte, portanto

presentante da parte, e, não representante, expressão errônea que aparece em leis.62 Se há autarquia, com os seus procuradores, órgãos ou representantes, inclusive advogados contratados, a função da Procuradoria da República, do Estado-membro, ou do Distrito Federal, ou

62 O art. 129, ix, da Consi 88 proibe o Ministério Público de representar judicialmente as entidades públicas e de dar-lhes consultoria jurídica.

do Território, é fiscal, salvo se se perfaz o litisconsórcio (cf. 1ªa Turma do Supremo Tribunal Federal, 24 de dezembro de 1952, *J. e D.*, li, 64).

Qualquer que seja a função exercida pelo órgão do Ministério Público, pode ser alegado o seu impedimento ou a sua suspeição (art. 138, 1).

Como presentante da entidade estatal, ou como fiscal, o órgão do Ministério Público é órgão estatal. Qual o objeto da sua apreciação não importa, para se saber se é órgão estatal ou se não o é: ele o é sempre. Se há interesse de incapazes, ou se a causa é concernente a estado da pessoa (art. 82, 1 e II), ou se o interesse é interesse público (art. 82, III), não importa. O interesse é da entidade estatal, porque o Estado chamou a si a tutela jurídica e prometeu-a aos seres

humanos e às pessoas jurídicas.

Não se pode dizer que na ação de nulidade de casamento, na ação de perda do pátrio poder ou na de suspensão, o Ministério Público não esteja a funcionar como autor, uma vez que dele partiu a propositura da ação. Dá-se o mesmo com a ação de remoção do tutor ou curador (arts. 1.194-1.198), na ação de inventário e partilha quando haja herdeiro incapaz (art. 988. VIII), na ação de dissolução e liquidação de sociedades (art. 1.218, VII), na de cobrança da dívida da entidade estatal (art. 1 .212),~~ ou na ação rescisória (art. 487, III), além dos casos em que presentou a parte no processo (art. 487, 1).

Na Constituição de 1967, com a Emenda n0 7, há explícitas referências à função do Ministério Público, quanto à propositura de ações:64 na ação para decretação de inconstitucionalidade (inconstitucionalidade decreta-se, não se declara; declara-se existência ou inexistência), cf. arts. 10, VI e VII, e 11, § 10, *c);* na ação de representação pelo Procurador-Geral da República (art. 119, 1, 1) e p); nas ações da lei do trabalho (Lei n0 5.584, de 26 de junho de 1970, art. 17). O Poder Executivo compõe-se de vários órgãos: a Presidência da República, o Governo do Estado-membro ou do Território, a Prefeitura Municipal, o Ministério Público e outros; o Ministério Público é órgão do Poder Executivo, não órgão daqueles órgãos.65 Às vezes, o

63

Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (Const. 88, art. 131, § 30); a dos Estados e do Distrito Federal aos seus procuradores (Const. 88, art. 132), a dos Municípios aos seus procuradores. Em nenhuma hipótese se admite a representação judicial de entidades públicas pelo Ministério Público (Const. 88, art. 129, IX).

64

Idem, na Const. 88: arts. 103, vi, e § 40; art. 129,1,111,1V, V.

*65*

Na Const. 88, o Ministério Público não aparece como integrante do Executivo,

poder estruturado no Cap. II do Tít. Iv. mas como órgão de uma das funções essenciais à justiça, disciplinadas no Cap. IV do mesmo título.

Ministério Público funciona como órgão da entidade estatal, sem que o interesse seja de qualquer outro órgão da mesma entidade, razão por que a função do Ministério Público, nas espécies dos arts. 81 e 82, III, pode ser fundada no interesse público e o ato contra ele vai ser do Poder Legislativo, do Poder Executivo e do próprio Poder Judiciário, como acontece em açao de decretação de inconstitucionalidade, de ato de autoridade que se enquadra em cnme ou em violação de regrajurídica constitucional, ou de ato do Poder Judiciário, como se dá na ação rescisória, ou no próprio recurso extraordinário em que o Ministério Público, federal, estadual ou municipal,66 submete ao Supremo Tribunal Federal a sentença proferida.

*Art. 82. Compete ao Ministério Público intervir:*

*1 nas causas em que há interesses de inca-pazes');*

*II nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade2);*

*Iii em todas as demais causas em que há interesse público3), evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.*

1. Causas em que há interesse de incapazes O art. 82 enumera, porém não exatamente, as espécies em que o Ministério Público *intervem.* Sempre que há interesse de incapazes, é de seu dever intervir, como órgão da entidade estatal. Já frisamos, antes, no art. 70 qual a natureza da função do órgâo da entidade estatal nos casos que no art. 82 se dizem de intervenção.

2. Causas concernentes ao estado da pessoa e outras No art. 82, II, as espécies são de intervenção lato senso, porque algumas pertencem ao art. 81, pertinente a partes, litisconsorciais ou não.

3. Interesse público Se há interesse público que baste a intervenção fiscalizante, cabe ao Ministério Público exercer a função que a lei explícita ou implicitamente lhe cometeu. Uma das espécies é a da *ação popular,* suscitâvel pelo órgão do

Ministério Público ou qualquer pessoa do povo se

66

Na vigente ordem constitucional, não existe Ministério Público municipal, mas só Ministério Público da Uniào. que compreende o do Distrito Federal e Territórios, e dos Estados (Const. 88, art. 128. 1 e II).

alguma sociedade personificada promove atividade ilícita ou imoral,67 conforme já se estabelecia na Lei n0 173, de 10

de setembro de 1893, art. 13, e em alguns Códigos do Direito Processual Civil ao tempo da pluralidade de legislação.

Outro exemplo está nas atitudes perante o Supremo Tribunal Federal para decretação de inconstitucionalidade da lei, ou intervenção nos Estados-membros.

Quanto à propositura da ação rescisória pelo Ministério Público, o art. 487,111, é de grande explicitude: tem legitimidade para propô-la o Ministério Público: *a)* se não foi ouvido no processo, em que lhe era obrigatória a intervenção; *b)* quando a sentença é o efeito da colusão das partes, a fim de fraudar a lei. O art. 488, II, exige que o autor deposite, para a propositura da ação rescisória, a importância de cinco por cento do valor da causa, a título de multa, caso a ação seja, por unanimidade de votos, julgada inadmissível ou improcedente. Mas tal regra jurídica do art. 488,11, não se aplica à União, ao Estado-membro, ao Município e ao Ministério Público, presentante daquelas entidades ou de outras entidades estatais ou paraestatais de que seja órgão (art. 488, parágrafo único).

O art. 82, III, ao falar de interesse público, não exigiu que a lei haja dito ser necessária a intervenção do Ministério Público: apenas atende a interesse público "evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte". No art. 84, lê-se que, "quando a lei considerar obrigatória a intervenção do Ministério Público, a parte promover-lhe-á a intimação sob pena de nulidade do processo". Tem-se procurado interpretar o art. 82 como se fosse regra jurídica que apenas atribuísse faculdade de intervenção ao Ministério Público. Ora, preliminarmente, o art. 82 começa por dizer que

"compete ao Ministério Público": facultatividade, aí, seria significado impróprio

para “competência”. O interesse público da intervenção do Ministério Público pode ser que já tenha sido apreciado pelo legislador noutras leis, porém, aqui, no art. 82, foi deixado aos interessados no processo (autor, juiz, réu e outros figurantes) e ao próprio juiz atender a que existe *interesse público,* e é tal que não precisa de regra jurídica especial, uma vez que se evidencia tal interesse público, “pela natureza da lide ou qualidade da parte”.

O interesse público evidenciado pela “qualidade da parte” não é só o que se aponta no art. 82, 1 e II. Outrossim, o interesse público evidenciado

67 Const. 88, art. 50, LXXIII: o Ministério Público não tem legitimidade para propor a ação popular, privativa do cidadão. Todavia, acompanha a ação, pode promover o seu prosseguimento, se o autor desistir dela, ou der causa á extinção do processo sem julgamento do mérito e executar a sentença condenatórma, se não o fizer o autor (arts. 60, § 4090 e 16 da Lei n0 4.717, de 19.6.65).

pela “natureza da lide”. Pense-se, como exemplos, na ação de reivindicação em que o réu alega que é silvícola e ocupa a terra, ou que o bem é do Estado-membro, em virtude do art. 50 da Constituição de 1967, com a Emenda n0

1,~” na ação em que se alega que o autor é estrangeiro e não poderia adquirir o direito, objeto do pedido, sem ser brasileiro nato (Constituição de 1967, com a Emenda n0 1, art. 174, § 1~’, sobre empresas joralísticas) ~ pois ai nao há causa concernente a estado da pessoa (art. 82, ii, ia parte). Diante de qualquer espécie prevista no art. 82, III, há de intervir o Ministério Público e, na falta de observância do art. 82, III, há a nulidade prevista no art. 84, porque o texto do art. 82, III, é lei, e apenas tem o juiz de examinar o que ocorreu e se houve, realmente, infração do artigo 82, III.

*Art. 83. Intervindo como fiscal da lei, o Ministério Público’):*

*1 terá vista dos autos depois das partes,*

*sendo intimado7” de todos os atos do processo;*

*II poderá juntar documentos e certidões, produzir prova em audiência e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade.*

*Art. 84. Quando a lei considerar obrigatória a intervenção do Ministério*

*Público, a parte promover-lhe-á a intimação7' sob pena de nulidade do processo2).*

68

Const. 88, art. 26.

69

Const. 88, art. 222.

70

Conforme o art. 41, IV, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, de n0 8.625, de 12.2.93, constitui prerrogativa dos seus membros "receber intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição, através da entrega dos autos com vista". Portanto, não se faz a intimação e depois a entrega: intima-se o membro do Ministério Público, entrega a do-se os autos a ele próprio, na repartição cartorária, ou no lugar e à pessoa por ele credenciada a recebê-los. Se há recusa ao recebimento, deve o serventuário documentá-la, mediante termo nos autos, a partir de cuja lavratura se reputa intimado o recalcitrante. Se, avisado por qualquer outro modo (mandado, ofício, telegrama, telefone), o membro do Ministério Público retira ou manda retirar os autos, o seu prazo começa a correr da data da retirada, incidindo o art. 244. Se se compreende a prerrogativa conferida pela lei, cumpre aplicá-la de modo a se evitarem protelações . A intimação mediante a entrega dos autos é necessária, esteja o Ministério Público atuando como parte, ou agindo com *custos legis.*

71

Veja-se a nota anterior. Se a intimação se faz mediante a entrega dos autos, só resta à parte requerer ao juiz que mande efetivá-la, caso o serventuário não o faça espontaneamente, no prazo que lhe assina a lei (CPC. ao. 190). A nulidade cominada no art. 84 é para a falta de intimação do Ministério Público; não para a falta de manifestação dele, se foi regularmente intimado e se omitiu.

1. Ministério Público, parte ou fiscal Se a missão do Ministério Público é aquela a que se refere o art. 81, é como parte, com os seus direitos, deveres e ônus com que atua o órgão estatal. Se é a de intervenção só fiscalizadora, o art. 83 frisa que

tem de ter vista dos autos, depois das partes (os assistentes litisconsortes também podem ter vista antes dele porque litisconsortes são) e ser intimado de todos os atos do processo, desde que haja intimação. Podem juntar documentos, quaisquer que sejam, inclusive certidões, produzir qualquer prova ou suscitar produção, e requerer quaisquer medidas ou diligências necessárias à apuração da verdade, em que se baseie, ou tenha de se basear, ou possa basear-se qualquer julgamento na causa.

2. Obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público A "intervenção" a que se refere o art. 84 é qualquer participação do órgão estatal no processo. Se autor, claro é que lhe cabe a iniciativa; mas, se alguma pessoa se antecedeu, tem de ser tratado como litisconsorte, com a incidência do art. 47, parágrafo único. Dá-se o mesmo se houve litisdenunciação do órgão estatal pelo autor da causa (art. 74), ou pelo réu (art. *75).* Advirta-se, ainda, que o art. 76 incide.

Parte, ou não, o Ministério Público tem de ser citado ou intimado, sob pena de nulidade do processo.

2. Legitimação ativa na ação de responsabilidade O art. 85 apenas cogitou da responsabilidade civil, por dolo ou fraude, na função do órgão do Ministério Público. Com ele, não se afasta qualquer ação de responsabilidade civil que se reja pelo direito material civil, nem, *afortiori,* as ações de responsabilidade penal. A responsabilidade civil pode resultar de culpa, sem que possa ferir o princípio constitucional de isonomia; e o art. 85 de modo nenhum poderia pôr de lado o que consta, explicitamente, do art. 107 e parágrafo único da Constituição de 1967, com a Emenda n0 1. Lê-

se no art. 107: "As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros". No parágrafo único: "Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, *nos casos de culpa ou dolo".72* Pusemos em letra grifa a referência a dolo e culpa, e não só a dolo. Conforme o art. 108, as regras jurídicas do art. 107 e parágrafo único apontam as entidades estatais e os funcionários dos três Poderes]3 Por exemplo: se o membro do Ministério Público, levando os autos, deles se esqueceu no automóvel, ou de outro modo os perdeu, pode ser acionada a União, ou qualquer outra entidade estatal, de que seja funcionário.

*Art. 85. O órgão do Ministério Público será civilmente responsável') quando, no*

*exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude2).*

Responsabilidade do Ministério Público O art. *85,* ao tratar de responsabilidade do Ministério Público, diz ser ele responsável se, no exercício de suas funções, procedeu com dolo ou fraude. Disse-se o mesmo no art. 133, 1, quanto aos juizes, mas no art. 85 não se falou da recusa, omissão, retardamento, sem justo motivo, de providência que deve ordenar de ofício, ou a requerimento da parte (art. 133, II). Mas a interpretação do art. 85 não deve dar oportunidade a que se reduza a pouquíssimos casos os de responsabilidade civil dos órgãos do Ministério Público. "Função", no art.

*85,* são quaisquer: as de propositura de ações, as de fiscalização, a de juntada de documentos que estejam com o órgão do Ministério Público, a não-comparência nos casos de intervenção prevista em lei, inclusive se há interesse público na causa, objetiva ou subjetivamente (art. 82, III). Sobre a matéria, veja-se o que escrevemos sob o art. 133, concernente aos juizes, onde também se fala de dolo ou fraude.

72

As regras do art. 107 e parágrafo único da Constituição anterior se condensaramn no §

60 do art.37 da Const. 88.

73

Veja-se a Const. 88. art. 37, *capuz.*

TÍTULO IV

DOS ÓRGÃOS JUDICIÁRIOS E DOS AUXILIARES DA JUSTIÇA

Capítulo 1

DA COMPETÊNCIA 1)7)

1.Juiz e tribunal A função judicial corresponde a uma das três principais funções dos Estados. Organizando a Justiça, para que se decidam os conflitos, para que

se estabeleça a paz entre os indivíduos, ou entre indivíduos e grupos, duplo é o papel que o Estado assume: *(a)* realizar o direito objetivo, isto é, quando a lei, que incidiu num caso, não foi aplicada, aplicá-la, para que incidência e aplicação coincidam; *(b)* dirimir as contendas, que perturbariam a ordem social e levariam para o campo da força bruta a solução das divergências entre indivíduos ou entre indivíduos e grupos, ou entre grupos. Quando o Estado exagera o papel da justiça no tocante à realização do direito objetivo, a ponto de descurar a sua função pacificadora, é sempre levado a entender a lei como expressão da sua vontade, que deve ser respeitada de qualquer maneira, sem atender à relatividade dos próprios textos e dos próprios direitos que resultam dos textos, ou à constante adaptação em que se expressa e em que consiste a própria evolução social.

Quando, em vez disso, o Estado põe à frente, como se fosse único fim da justiça, o atender as lutas individuais, resolvê-las, ou preveni-las no plano jurisdicional, então o Estado comete o erro oposto. A primeira tendência corresponde aos absolutismos de todos os tempos, quaisquer que sejam os nomes que se lhes dêem; a segunda, às épocas em que o individualismo pretende que por si só pode organizar e impulsionar a vida. O meio-termo é obra sábia, para qual nem sempre estão preparados os povos, nem o querem, sequer, os dirigentes.

*Apud iudicem* diz-se, em contraposição a *in iure* (ante o magistrado), para significar (o processo) “perante o juiz” (L.

Enger, *Institutionen,* 191). Comumente, tem-se usado *in iudicio,* expressão que é incorreta, pois um e outro processo são *iudicium.*

Chama-se *princípio dispositivo,* mas em sentido lato, o que atribui às partes a missão de incoar o processo, estimular a atividade processual e

DA COMPETÊNCIA

produzir as provas. De regra, os fatos sobre que as partes não fizeram proposições (enunciados) espaçam ao juízo: o juiz não faz tais proposições; porque os próprios fatos notórios são fatos a que as partes aludiram (a notoriedade é dispensa de prova, porque estão provados, para todos, os fatos ditos notórios). Ao principio dispositivo opóe-se *o princípio inquisitivo,* que dá ao juiz a função de procurar e reunir o material do processo.

O processo reflete sempre a estrutura política dos países. As épocas de pujança e de melhora geral e de cada um, ainda que insuficiente, pois a evolução humana é constante vir-a-ser, mantêm ou criam o *processo contraditório,* nas suas feições mais típicas, como, no plano criminal, *o processo acusatório.* Nos momentos de decadência, ou de regressão caracterizada, a inquisitoriedade exsurge, aqui e ali, como erva daninha.

Encarado por esse aspecto, o juiz, qualquer que seja o tempo em que vive, exerce função maior do que aquela que as leis lhe concedem, quando ele põe toda sua consciência, o seu caráter e a soma de conhecimentos que tem, para que as suas sentenças consigam aquele duplo papel do Estado, a que aludimos: realizar o direito objetivo e dirimir, com acerto, os conflitos entre indivíduos, ou entre indivíduos e grupos, ou entre grupos. Por isso mesmo, as grandes figuras de juizes de que se tem notícia foram as daqueles que lograram, no seu tanto, corrigir o excesso no sentido de se sacrificar o segundo papel ao primeiro ou de se sacrificar o primeiro ao segundo.

Se a legislação processual dá demasiada intervenção ao juiz, é o próprio Estado que deseja transformar o órgão justiçador em órgão de execução. A despeito de quaisquer aparências de discriminação de poderes, é à confusão que se assiste. Se a legislação processual retira toda a intervenção, cerceando-lhe a atividade, até o momento em que dirá o que pensa, tirou-lhe toda possibilidade de evitar que se ocultasse, em vez de se desvendar a verdade. A longa experiência dos séculos absolutistas demonstrou que aquele erro é mais tenebroso.

Que se dê certa amplitude aos poderes do juiz em ordenação e instrução do processo, coisa é que se entende e se louva. Ninguém deixa de reconhecer que o processo interessa a mais alguém do que à partes e de profligar a concepção de que os juizes são donos do processo, que dele podem fazer o que bem queiram. Por isso, há de ser dado poder suficiente para lhe imprimir celeridade e dele tirar maior conhecimento dos assuntos. Maior e mais direito. Daí a permitir-se, e a tudo que desejam articular, dizer, provar, redizer e insistir, por meio de recursos, hão de estrar livres as partes e hão de preponderar. Tudo isso lhes pertence, porque foi isso que as pôs no litígio. Os resultados da justiça inquisitorial, a que se volvia desde algum tempo, podem ser vistos em muitos países, e na Itália atingiram a culminância, em consequências morais e materiais. Que se cortem aqui e ali formalismos, vá, e fácil é entender-se que se aconselhe. Que se quebrem as formas até que tudo se faça pastoso, informe e disforme, revela

prurido inovatório em gente incapaz de inovação.

2. Justiça e função judicial A Justiça, como organização e como função especifica, compreende duas partes que lhe são essenciais: a jurisdição, propriamente dita, que é dizer o direito, julgar, aplicar as regras de lei; e a administração necessária e suficiente a essa função específica. Não se julga sem haver juizes, tribunais, repartição de jurisdição e da competência. Nem sem o pessoal com que se recebam, se encademem ou se arquivem os processos, se juntem petições e requerimentos, se cosam autos, se escreva em livros o que se passa nas audiências, se distribua o trabalho diário, se mantenha a disciplina. A administração pública entra pela organização processual civil, como pela organização militar, postal etc. Veremos que há linha além da qual essa intromissão é indevida. O assunto foi tratado, como de técnica constitucional, nos nossos livros sobre direito constitucional. Focalizaremos, aqui, o só aspecto de técnica processual.

*(a)* Existem pessoas, mais ou menos ligadas à justiça, que se acham em contacto com o processo, com o juiz e com as partes; porém não na *relação jurídica processual* (autor-Estado, Estado-réu; ou partes-Estado). As relações em que se acham são com o Estado ou com as partes, e não de ordem processual.

Às leis de organização judiciária toca a maior parte dessas figuras.

*(b)* Outras há que o Estado põe em vez das partes, ou para completá-las em sua capacidade ou eficiência processual.

Essas entram nas relações jurídicas processuais na medida em que se substituem, não às partes, mas àatividade dessas como partes. Em todo o caso, às vezes a intromissão como parte se dá *(e.g., defensor matrimonii).*

A classe *(a)* é a dos auxiliares da justiça; à classe *(b),* a do Ministério Público, dos curadores à lide etc. O Código de Processo Civil fala, no Título IV, dos órgãos judiciários e dos auxiliares da justiça.

(Já vimos, sob o art. *50,* que há pessoas que intervêm no processo sem se inserirem na relação jurídica processual, sem se fazerem parte em relação jurídica processual. Vimos também que outras há que aparecem como partes, noutra relação jurídica processual, contra as partes.)

*(c)* Foi Qskar Bulow quem introduziu, em 1868, em *Die Lehre von den Prozesseinreden,* o conceito de *pressupostos processuais,* pressupóstos da relação jurídica processual: partes, juizes, litispendência, existência de compromisso. Recentemente, procuraram alguns juristas apontar alguns e até todos esses pressupostos da relação jurídica processual como pressupostos da decisão do mérito da causa; outros atacaram o conceito mesmo de pressupostos da relação jurídica. No que se refere à litispendência (e à falta de litispendência), o pressuposto não é da relação jurídica processual:

trata-se de eficácia da relação jurídica processual; a exceção existe no segundo processo, pela litispendência do primeiro e a litispendência no segundo. A falta de qualidade de juiz, o não ser juiz, é mais do que falta de pressuposto da relação jurídica processual. Aí, tem de se pronunciar sobre a própria atividade e somente se se diz juiz é que pode *repelir* qualquer competência ou, invocado, a assentar se a perdeu ou outro preveniu, etc. A *capacidade de ser parte* não pode ser rebaixada à categoria de pressuposto da decisão do mérito. Tampouco, a falta da pretensão à tutela jurídica; *aliter,* a sua especialização. A *legitimatio adprocessum,* sim; nela está interessada a existência da relação jurídica processual. A *legitimatio ad causam* nada tem com os pressupostos da relação jurídica ou do processo; concerne à relação de direito material. Não se confunda com a *capacidade de ser parte,* que é pré-processual (lamentável confusão em Francesco Invrea, Contro il concetto dei pressuposti processuali, *Rivista di Diritto Processuale Civile,* VIII, 1, 111). O *Neino iudex in causa propria* não se refere à existência da relação jurídica processual. Tampouco, as exigências da lei processual para a introdução da demanda. A litispendência também é obstáculo processual a que se prossiga, a que *litispenda.*

Contra o conceito, sem razão, James Goldschmidt *(Der Prozess ais Rechtslage,* 4-6, *395* s., 403 s.). A favor Wilhelm Sauer *(Grundlagen,* 358 s.), com terminologia própria.

Todo conceito fundamental é material de trabalho e quem quer que tenha de tratar o direito processual em toda a sua extensão cedo se certifica de que são imprescindíveis os conceitos fundamentais de pressupostos da relação jurídica processual, sem os quais a relação jurídica processual não existe (não-juiz; autor não-existente; réu não-existente), o que se não confunde com o réu não citado ou nulamente citado, de pressupostos da validade da relação, que melhor diríamos supostos processuais, e requisitos da eficácia, que nada têm com os de validade,

são conceitos ineliminâveis da técnica processual.

O que importa é atender-se à diferença entre *(a)* pressupostos da relação jurídica processual, o que diz com a sua *existência, (b)* pressupostos processuais, isto é, do procedimento, portanto, em sentido diferente do que atribuiu ao nome Oskar Bulow e é que lhe dá Wilhelm Sauer, pressupostos que se referem à *validade* da atuação, e *(c)* pressupostos da eficácia, de cuja falta emana *ineficácia.* Não se confunda, tampouco, o bom êxito das críticas à classificação de alguns pressupostos entre pressupostos da relação jurídica processual, com o bom êxito da crítica ao conceito. O conceito é ineliminável.

Todos os juizes têm poder para se dizerem competentes e, pois, para se dizerem incompetentes, portanto, para julgar alguma coisa que está *antes* da sua competência; donde: todos os que julgam têm competência para conhecer das questões que concernem à sua própria exclusão competência que lhes dá posição pré-processual, se se trata de questão de existência da relação processual, ou de autocontrole, se se trata de questão de validade ou de eficácia.

3. Poder Judiciário, funções e órgãos O Poder Judiciário tem órgãos , que são os juizes, os escrivães , os oficiais de justiça, os peritos e avaliadores, os intérpretes e tradutores, os tabeliáes e oficiais de registros públicos, a força pública e demais pessoas encarregadas, Ocasionalmente, de funções coordenadas ao desenvolvimento do processo, à sua efetivação e ao exercício da jurisdição. O poder, como tal, têm-no os juizes, mas há exercício de poder, progressivamente diminuído, desde o escrivão aos simples soldados da força pública, que forem requisitados pela Justiça. Bastaria o serviço que prestam todos os juizes para que se justificasse a inclusão de todos na expressão

“Justiça”. O Poder Judiciário é poder que tem como função-ceme a Justiça, mas assim como há funções juriferantes do Poder Executivo, e não só do Poder Legislativo, e funções judicantes dos Poderes Legislativo e Executivo tem funções juriferantes e executivas o Poder Judiciário. O que dá a denominação é a função-ceme.

No Poder Judiciário não há só o poder de decisão, de instrumentação e documentação, de notificação e de intimação: háo poder de revelar o que não está escrito, ou que está obscuro ou dificilmente expresso no sistema jurídico; háo poder de coerção e de execução. Decidindo, declara, constitui, condena,

manda, executa.

Não é o juiz que apanha a coisa que está no patrimônio de A, para inclui-la no patrimônio de B é alguém, que é órgão secundário da Justiça. Não é o juiz que guarda a pessoa ou a coisa é alguém que serve, como órgão secundário, ao juiz.

A jurisdição é penal, civil ou administrativa. A jurisdição do trabalho é especialização da jurisdição civil. A jurisdição das questões fiscais e demais ações de direito público é jurisdição civil. O fato de haver leis que trataram à parte os executivos fiscais e a desapropriação não destrói a dicotomia fundamental em jurisdição civil e jurisdição penal.

A função do juiz é sentenciar, decidir, julgar. Julga, decide, sentencia, mas julga, decide, sentencia com *especificidade.* Essa especificidade é que faz distintos o julgamento pelo juiz e o julgamento pelas autoridades administrativas ou legislativas. Mais ao vivo aparece em sistema jurídico que tem, como o brasileiro, a regra jurídica constitucional, segundo a qual *nem* a lei pode preexcluir da apreciação pelo PoderJudiciário qualquer lesão de direito individual.74 A própria coisa julgada formal e material pode ocorrer, no plano administrativo, sem que se *imponha* no plano judiciário. A função específica é reservada à Justiça.

Na proteção dos direitos e, em geral, da ordem jurídica, o principio de que a lei nova não pode ir contra a coisa julgada,75 ainda mais acentua a especificidade da função de julgamento.

O processo civil e o penal são concebidos para que se exerça, com eficiência, essa função. As diferenças entre o processo civil e o penal, de um lado, e o processo administrativo, do outro, por vezes resultam daquela especificidade.

4. Determinação da competência, no direito público interno Quando se fala de atuação dos juizes considerados como órgãos de um Estado, pensando-se em que existem juizes de outro Estado, alude-se à *jurisdição,* à competênciajurisdicional supraestatalmente distribuída (jurisdição brasileira, jurisdição inglesa, jurisdição francesa, jurisdição argentina). Porém, ainda no âmbito do direito intemo, jurisdição é palavra que se emprega para referir a função de julgar (legislatividade, executividade, jurisdicionalidade), ou devido a velhas distinções de competência ou de natureza dos feitos (jurisdição contenciosa, jurisdição voluntária), ou para se repartir a função de julgar (jurisdição civil, penal, de contencioso administrativo, etc.). Houve tempo em que se admitia jurisdição privada, senhorial, para fidalgos. Isso passou. Também se opera a divisão (territorial) da jurisdição entre as unidades políticas dos países, como entre os Estados-membros, os Territórios e o Distrito Federal do Brasil.

Antes de se falar de competência em matéria de processo civil, tem-se de atender a que competência é critério de repartir a jurisdição. O conceito de jurisdição é de direito material constitucional; o de competência, fora das incidências especiais do direito constitucional, como ocorre com o Supremo Tribunal Federal, de direito judiciário material, na parte de organização

74 Const. 88, art. 50 XXXV.

*75*

Const. 88, arI. 50 XXXVI.

judiciária, isto é, na parte que determina quais são os juizes e suas classes, e de direito processual, no que respeita às regras abstratas de atribuição das demandas aos juizes. Chamam-se essas regras jurídicas princípios sobre *competência objetiva,* para se distinguirem das regras sobre *competência funcional* (distinção e nome de Adolf Wach, a que nos referimos nos *Comentários ao Código de Processo Civil* de 1939, Tomo II, 2~ ed., 286, e entrou no Código de 1973, art. 93). O que toca à legislação processual é redigir as regras jurídicas sobre os

pressupostos processuais do juiz, tal como redige as regras sobre os pressupostos processuais das partes. Wilhelm Sauer *(Grundlagen,* 363 s.) empregou termos como *capacidade judicial,* à semelhança da capacidade de ser parte, e *capacidade processual do juiz,* à semelhança de capacidade processual da parte. A terminologia não merece acolhida: competência não é capacidade, é poder, é função. O incapaz pode comprar, vender; apenas por ser incapaz, alguém o representa, ou ele assiste. O juiz que não tem competência para conhecer e julgar da espécie, não pode conhecer e julgar: não é incapaz.

A todo órgão que, força de lei, tem função de tutela jurídica, podem pedi-la todos os que têm pretensão à tutela jurídica. Mas tal órgão é juiz estatal, por definição, porque seria impossível exercer a função de tutela jurídica, sem ser (até certo ponto) independente e só submetido à lei (Konrad Hellwig, *Lehrbuch,* 1, 37). De modo que aos juizes

"nominais", como os de certas épocas, faltava o conteúdo definidor. A evolução opera-se no sentido de maior independência, de maior eficiência e retidão.

*5.* Fatos determinantes Existem atos que atraem as partes ao juízo, ou atuando sobre essas e o juiz ao mesmo tempo (domicilio), ou sobre a coisa, que é objeto da demanda (situação da coisa), ou sobre a pretensão de direito material (conexão), ou sobre a parte somente (qualidade da pessoa). Outros fatos são secundários, para situações de competência (prevenção, arts. 102 e 103; valor da causa, art. 91; *perpetuatio iurisdictionis,* art. 87), que a lei trata de modo especial, ou para evitar multiplicação de pleito sobre a mesma *res,* ou para especializar, pelo valor das causas, os juizes.

6. Juízo comum e juízo excepcional *Juízo comum,* no tocante ao processo civil, é o juízo a que vão quaisquer causas.

Somente a ele deixam de ir as causas que a lei atribuiu a determinado juízo ou, por distribuição ou facultativamente, a determinados juízos. *Juízo especial* é o que resulta da especialização de competência, de modo que só ele possa conhecer e julgar ou, se há dois ou mais foros (ditos "varas"), só eles possam conhecer ejulgar de determinada matéria, ou de determinadas matérias.

Nas organizações estaduais da justiça, as varas cíveis são, de regra, o juízo comum. A lei, em regras jurídicas discriminativas, cria juízos especiais, no que

se há de respeitar qualquer regra jurídica *processual* de competência. A competência *ratione materiae* pode ser estabelecida como distribuidora de juízos especiais. É preciso, porém, que haja *regra jurídica explícita* (por exemplo, a lei de organização judiciária cria juízos de testamentos, ou juízos de inventários e partilhas, ou juízos concursais).

As regras jurídicas que fazem especial algum juízo são excepcionais e têm de ser interpretadas *restritivamente.* Leis que abrem exceção restritivamente se interpretam.

Toda interpretação declara o conteúdo da regra jurídica, razão por que, supondo a proposição existencial ("é", "não é"), ou ela é *verdadeira* ou é *falsa.* Se a regra jurídica é excepcional, não há estendê-la, porque sería criar-se nova exceção, ou criarem-se novas exceções.

As ações hão de ser propostas no juízo comum. E a estrada larga, que todos vêem e por onde é fácil a passagem para todos. Se algum juízo é especial, tudo se passa como se à sua entrada estivessem escritas as denominações das ações que perante ele se têm de propor. Com a fina percepção dos problemas sutis da organização judiciária e do direito brasileiro, que lhe vem de séculos, a jurisprudência brasileira sempre expôs esses princípios.

A competência pelo valor da causa pode ser estabelecida pela lei da organização judiciária. Tais fatos em pouco influiram no processo. A lei processual recebe conceitos "já feitos". Domicilio, situação, direitos reais, direitos pessoais, etc., são categorias pertencentes ao direito material. O direito processual apenas trabalha com elas. A situação da coisa é o segundo elemento determinador da competência. *A uctor sequiturforum rei.* Não é o mais abrangente, mas é segundo princípio, e não tão especial, como se diz. Especial, mas exclusivo. As ações declaratórias, ainda sobre imóveis, não estão sujeitas, de regra, *aoforum rei sitae.*

7. Prevenção *O forum praeventionis* não é o que se estabelece pela competência superveniente do juiz que o não era, mas sim o que firma um dos juizes competentes. Há, ali, a transformação da relação jurídica processual nula em relação jurídica processual válida (dita, no art. 114, prorrogação); aqui, a lei mesma previu essa transformação como transformação regular e útil, e desde logo (art. 106) fez competente o juiz (como se encurtasse até zero o lapso

transformativo), ou o conceito ie combina com o de conexão. A prevenção é feito da unicidade ou da identidade de causas, ou de conexão, sobre a competência quando a reunião de duas ou mais causas tem por fito aunicidadeda sentença (cf. arts. 106 e 103). A prevenção fixa; não determina competência.

Firmada, por prevenção, a competência de uma câmara, ou turma, cabe-lhe decidir do feito ligado ao que por ela fora julgado, disse a 2~ Turma do Supremo Tribunal Federal, a 26 de novembro de 1946 *(R.F.,l* li, 115). A confusão é evidente. Haveria aí, competência pela conexão, e não por prevenção. Na mesma 2~ Turma, a 19 de dezembro de 1947 (119, 116), foi enunciado que "a competência *ratione continentae causaram* e, portanto, a prevenção visa a reunir em um só processo causas que devem ser decididas simultaneamente". Ora, a prevenção fixa; o que determina a competência éum dos elementos a que a lei se refere, um do quais é a conexão. Se há propositura no juízo *a,* embora pudesse ter sido no juízo *b,* está prevenida a competência de *a.* Se, por serem competentes, para as ações y e *z,* os juízos *a* e *b,* no juízo *a* se propôs a açãoy, a outra ação, a ação *z,* tem de ser proposta no juízo *a,* porque, quanto à ação y, está preventa a competência e, quanto à ação *z,* tem de ser proposta pela conexão com y.

As medidas cautelares não previnem a competência, nem estabelecem competência pela conexão (5~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 19 de dezembro de 1952, *R. dos T.,* 209, 140); de regra, propõem-se no juízo competente para a ação que se haja de propor ou está proposta (cf. art. 798)26

Se foi alegada inexistência, nulidade ou ineficácia da citação e o juiz acolheu a alegação, a data da citação deslocou-se para o dia da ciência da decisão, conforme o art. 214, § 20; de modo que preventa foi a jurisdição pelo outro juízo, se a citação, nele, foi anterior a essa data.

*76*

O art. 800, I~ parte, dispõe diferentemente do afirmado no texto: as medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa. Assim, distribuída a ação cautelar preparatória a um juízo, competente para ela, fica preventa a competência desse õrgão para a ação principal (veja-se também o art. 108). O

princípio consagrado pelo art. 800 repercutiu na formulação do art. 851, onde se estatui que os autos da produção antecipada de provas permanecem no cartório, exatamente porque no juízo daquela serventia se proporá a ação principal. O princípio da vinculação da ação cautelar ao juízo da ação principal foi consagrado também no parágrafo ónico do art. 800 (agora com nova redação, dada pelo art. I0da Lei 00 8.952, da 13.12.94), pois ali se dispôs que ‘interposto o recurso a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal”, isto é, ao órgão julgador do recurso (no novo texto do parágrafo, a frase *interposto* o *recurso* melhor será interpretada no sentido de *distribuído* o *recurso* ao *tribunal* porque não será lógica a propositura da ação cautelar no tribunal, se a causa ainda se encontrar na instância inferior, onde o recurso poderá até ser indeferido). Não previnem a competência apenas as medidas cautelares de jurisdição voluntária, tais como a justificação e os protestos, notificações e interpelações, cujos autos se entregam ao requerente (arts. 866 e 872).

*Art. 86. As causas2) cíve is’) serão processadas e decididas, ou simplesmente decididas, pelos órgãos jurisdicionais, nos limites de sua competência, ressalvada às partes a faculdade de instituírem juízo arbitral3).*

1. Causas cíveis Causas civeis são as causas que se pleiteiam sem fundamento em direito penal; não só civeis as causas a que correspondem ações irradiadas de direitos oriundos de relações jurídicas que são regidas pelo direito privado. A técnica teve de ater-se a três ramos: o civil, o penal e o administrativo. Rigorosamente, seria acertado que os Códigos de Processo Civil apanhassem todas as causas cíveis , porém deixou-se de lado o que se considerou mais adequadamente pertencente a sub-ramo do direito processual civil, tal como ocorre com o direito processual do trabalho e com o mandado de segurança. O art. 86 poderia ser recebido como se aludisse a todas as ações cíveis, porque o art. 1.218 cogitou de quinze matérias, de direito processual civil, que serão insertas em *leis especiais.* Leis especiais: leis que são de direito processual civil, mas fora do texto do Código de Processo Civil.

2. Causas em geral Às causas correspondem “ações” no sentido do direito processual, e muitas vezes uma palavra define a outra. A pretensão a ação ,à propositura de causa, é direito público subjetivo que se exerce contra o Estado, que assumiu o dever de tutela jurídica (pré-processual). O juízo cível tem o dever de fazer justiça nos litígios de direito processual civil. O adjetivo, aí, não se limita ao sentido em que é empregado quando se fala, por exemplo, de Código

Civil.

3. Juízo estatal e juízo arbitral Hão juízo estatal, em que o Estado acentua a sua atitude histórica de ter chamado a si a tutela jurídica, afastando a justiça de mão própria, e o juízo arbitral. Mesmo a respeito desse, as leis ainda submetem o negócio jurídico entre os interessados, dito “compromisso”, a homologação pelo juízo estatal, mesmo se o compromisso foi extrajudicial.

*Art. 87. Determina-se a competência* 4) 5) *no momento’) em que a ação é proposta. São irrelevantes as modficações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente 2f) salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência7)5)~ em razão da matéria ou da hierarquia3).*

1. Direito intertemporal sobre competência nas causas cíveis O art. 87 contém regra jurídica que precisava estar no Código de Processo Civil, máxime porque não se trata de regra de direito intertemporal do processo civil. No momento em que se leva ao juiz a petição, já se há de ter verificado qual o juiz competente conforme o lugar, a matéria e o valor da causa. Quanto ao lugar, começa-se por se indagar se a ação tem de ser ou pode ser porposta no Brasil. Depois, qual o lugar do território nacional e qual o juízo que tem competência funcional, assunto que pode anteceder àquele. A lei reputa irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito, que ocorram após a propositura, salvo se as modificações alteram a competência em razão da matéria ou da hierarquia, porque, aí, como se consistem em supressão do órgão, foi o Estado que a si mesmo impôs a alteração da competência. Nada tem isso com a legitimidade do ato da propositura em determinado juízo. Diferente é o que ocorre com a modificação da competência conforme o valor da causa devido a passar a causa a outro território que aquele em que se deu a propositura, se isso acontece pela conexão ou continência (art. 102). Se ocorre algum dos pressupostos do art. 99 e parágrafo único, há a remessa dos autos a outro juízo.

Ojuízo não muda se ocorre alguma modificação do dado determinador ou dos dados determinadores da competência.

A superveniência é, de regra, inoperante, quer se trate de alterações voluntárias quer não. As mudanças legislativas têm os efeitos que lhes dá a lei nova, porque a regra jurídica do art. 87 não é regra de direito intertemporal do processo, que tivesse de ser protegida pelo princípio da irretroeficâcia das leis.

2. Transformações após a propositura Consideram-se transformações regidas pelo art. 87 e permitidas quaisquer que ocorram antes da propositura, isto é, antes da entrega para o despacho. Os dois princípios **Per citationem perpetuatur iurisdictio* e *~ Ubi acceptem est semel iudiciu,n ibi etfinem accipere debet* não se hão de invocar após o Código de Processo Civil de 1973, porque o art. 262 estatui que o processo civil começa com a iniciativa da parte, afastando o que se concebera no Código de 1939, art. 196. Hoje, o princípio é *de perpetuatio* da jurisdição pela propositura. Aliás, tanto aqueles como esse, não são princípios *apriori* de direito intertemporal, como pretendiam Merlin e Chauveau.

Não têm inserção no direito internacional processual (sem razão, E. Bartin, *Études sur les Effets internationaux desJugements*, 9 e 17).

3. Supressão de órgão judiciário e alteração em razão da matéria ou da hierarquia Se a causa está a correr no juízo A e tal vara é suprimida

(extinta), passa ao juízo a que a lei aponta. Se o juízo de testamentos era o da vara B e Criou-Se juízo especial para tais ações, ou se transferira a outro juízo a competência, tem-se de atender à alteração. Dá-se o mesmo se se incluiu na competência do juízo B, levando-se em consideração para isso dado hierárquico (cf. comentários ao art. 111).

4.Elementos para a determinação da competência Competência está empregada, no Título IV, Capítulos 1, II e III, no sentido de atribuição ao juiz brasileiro, portanto, dentro dos limites que o direito das gentes reconhece ao Brasil, como aos outros Estados, para conhecer das questões, realizando o direito objetivo e resolvendo tais questões. Os outros poderes também realizam o direito objetivo e resolvem questões; são, porém, de regra, questões que contêm simples discordâncias na aplicação do direito administrativo, sem que o Estado seja chamado, ou chame, para ser

‘julgado” o seu ato.

*5.* Dados que a lei reputa suficientes Determina a competência algum dado que a lei considera *suficiente.* Esse dado ou é ligado ao *sujeito,* réu, excepcionalmente ao autor, como o domicílio, a residência, a qualidade das pessoas, ou ao *objeto,* como a situação da coisa e o valor da causa, ou à *reta çãojurídica,* como a

conexão, ou *afato processual*, como a prevenção.

6.Domicílio do réu *Domicílio* é conceito de direito, comum ao direito público e ao direito privado, de ordinário definido no direito civil, devido à proximidade dos conceitos de lar e de família. O nome mesmo dá a idade do conceito, ligado a épocas de lar, trabalho e modo de vida restritos a certo lugar, permanentes e estáveis. Quando a intensidade das relações econômicas, sacudidas pelos meios novos de transporte e pelos interesses deslocáveis e estendidos para além da cidade, do município, da província e do próprio país, fez nascer a a anormalidade dos dois ou mais domicílios, e teve o direito de prover à situação que se criara. Nos últimos dois séculos, a pluralidade de domicílios não só se acentuou, como se tornou mais complexa e mais indispensável aos negócios. O comércio mundial levou-a ao extremo. O Brasil já comercia com o Japão, a Rússia e a China.

Há vários conceitos de domicílio, mas, no plano de competência judicial, em se tratando de inventário e partilha, o que importa é o domicílio no sentido do direito civil. A lei processual abstrai do domicílio, em se tratando, nas ações de separação dos cônjuges, de conversão, em divórcio e de invalidade do casamento, porque só atende à residência da mulher. O Inventário e a partilha hão de ser no lugar em que se *abre* a sucessão (art. 96 e parágrafo único).

O domicílio independe de simples enunciado de fato, por parte da pessoa física ou jurídica. O enunciado de fato, o *statement offact*, pode ser falso. Tem-se de verificar se se compuseram os pressupostos para a domíciliação no lugar que se diz ser o do domicílio.

Costumava-se exprobrar, injustamente, ao Código Civil de 1916, art. 32, aludir a "vários centros de ocupações habituais", como se múltipla não pudesse ser a *habitualidade.* Nada impede que a pessoa seja professor, ou comerciante, ou advogado, ou médico, numa cidade e noutra cidade, com ou sem pluralidade de residências. Cf.

nosso *Tratado de Direito Privado*, 1, § 71.

Quanto ao domicílio eleitoral, um dos pressupostos para o alistamento é ser domiciliada no lugar (no sentido da lei civil) a pessoa que requer a qualificação e a inscrição. Dirige-se ao juízo eleitoral *do seu domicílio.* Não há outro elemento

do suporte fáctico que o do domicílio, ao contrário do que se passa com o chamado domicílio fiscal.

O chamado domicílio fiscal não determina *domicílio,* para efeitos de jurisdição e competência judicial, como se a pessoa física tem o seu escritório, ou consultório, ou loja, ou armazém, na cidade do Rio de Janeiro e reside em Teresópolis, ou em Niterói. A competência judicial para a cobrança, por exemplo, do imposto de renda, é a do juízo do lugar do domicílio, que é onde se há de pagar o tributo.

No direito brasileiro, é o Código Civil que dá a definição e regula o domicílio, sem que outros ramos do direito, por exemplo o constitucional, fiquem adstritos a ele. No ponto que nos interessa, que é o do entendimento do Código de Processo Civil, a lei recebeu o conceito tal como o Código Civil de 1916 (arts. 35-40) o fixou. De modo que não há discutir-se a matéria.

Nem sempre se muda de domicílio quando se adquire outro. Mas a questão é, processualmente, irrelevante; porque a competência está perpetuada.

A regra de direito civil que considera domicílio da pessoa jurídica qualquer dos estabelecimentos ou lugares da entidade incide quanto às pessoas jurídicas de direito privado em geral, portanto incluídas as comerciais (Supremo Tribunal Federal, 21 de junho de 1949, *R. F.* 128, 399; Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Ceará, 31 de maio de 1951; *R.F.*, 144, 389; *J. eD.*, 144, 389).

A homologação do suplemento de idade concedido pelo titular do pátrio poder tem de ser pedida no foro do domicílio do menor (l~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 16 de novembro de 1948, *R. dos T.,* 178, *155);* bem assim a decretação pelo juiz, ouvido o tutor. A sentença quer na primeira, quer na segunda espécie, tem carga de eficácia mandamental para o registro. As ações declaratórias de ter cessado a incapacidade também se hão de propor no foro do domicilio.

No Decreto-lei n0 3.365, de 21 de junho de 1941 (Lei de desapropriação ), art. 11, está dito: “a ação, quando a União for autora, será proposta no Distrito Federal ou no foro da Capital do Estado onde for domiciliado o réu, perante o juízo privativo, se houver;77 sendo outro o autor, no foro da situação dos bens”. Acentua o art. 12: “Somente os juizes que tiverem garantia de vitaliciedade,

inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos poderão conhecer dos processos de desapropriação".

A ação executiva cambiária propõe-se no foro do domicílio do emitente, que pode coincidir, ou não, com o lugar de execução. Não há regra jurídica especial sobre o foro para as obrigações cambiárias. As regras jurídicas que há são as do Código de Processo Civil, arts. 94 e §§ 10 e 40 (domicílio do réu) e 102-106 (conexão), donde poder-se propor a ação contra o endossante ou contra o avalista no foro do domicilio do emitente, por efeito de conexão, ou no foro do domicílio do obrigado cambiário. Não importa o que pensam juristas estrangeiros, que estão sob sistema jurídico diferente, nem certo pendor "colonizante" de alguns escritores brasileiros (certo, a ia Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a 27 de março de 1945, *R. F.*, 118, 498). O lugar do pagamento é indicação de domicílio, exceto ressalva. Se o réu, obrigado cambiário, não é o obrigado cambiário direto, pode ser acionado no seu domicílio, ou no do obrigado cambiário direto, que pode ser o lugar do pagamento (cf. 2~ Turma do Supremo Tribunal Federal, 21 de setembro de 1948, *R. F.*, 124, 121).

7. Foro geral O fato de ser o foro do domicilio que vem em primeiro lugar não obedece a simples acaso de enumeração. O domicílio é, no direito de processo civil, como era no direito anterior, o foro geral. Chama-se foro geral de uma pessoa aquele em que podem ser propostas, contra ela, quaisquer ações, exceto se a lei deu a outro foro, na espécie, a competência (foro especial). No foro do domicílio a demandabilidade da pessoa é quase ilimitada. Se falta o domicílio, tem-se de pensar em novo foro para a pessoa.

77

Norma implicitamente revogada. O § l0do art. 109 da Const. 88 dispõe que as causas em que a União for autora serão aforadas na seção judiciária onde tiver domicílio a outra parte. O art. 110 faz de cada Estado e do Distrito Federal uma seção judiciária , com sede na respectiva capital e varas localizadas segundo o estabelecido em lei. Assim, autora a União, o juízo competente será sempre o federal e a ação de desapropriação se proporá na seção judiciária do domicílio do réu e no juízo da capital, ou no situado fora dela, mas correspondente ao domicílio do demandado.

O art. 94, § 30 alude a residências. Note-se que a residência é estado de fato, às

vezes ocasional, outras contra a vontade da pessoa (prisão, hospital em que se acha, casa de campo ou estação de águas, ou de praia, etc.). A residência exerce, aí, o papel de sucedâneo do domicílio como foro geral, mas casos há em que a residência funciona sozinha e por si (foro especial), como o do art. 100, 1. A característica da residência é a relativa relevância da vontade da pessoa.

8. Situação da coisa Situação da coisa é onde o bem imóvel se localiza e onde se acha o bem móvel. Nos casos de situação ficta, *e. g.*, se a lei reputa "bem imóvel" algum título de crédito ou ação, entende-se que o bem é situado no lugar cujo interesse sugeriu ao legislador imobilizar *opelegis* o bem móvel.

É erro dizer-se que a competência pela situação da coisa, *rei sitae,* derroga a competência pelo domicílio do réu, ou vice- versa. Os campos são diferentes e transcendentes ao direito interno. Já vêm os dois conceitos, o de poder sobre pessoas e o de poder sobre as coisas, desde o direito das gentes e a distribuição supra-estatal das competências. Todo Estado é poder sobre pessoas e sobre coisas.

A preponderância do elemento "real" leva a distinguirem-se direitos pessoais e reais, posto que traduza maior poder sobre as coisas do que sobre as pessoas. No sentido, porém, de poder individual, o que invade o próprio público, de que foi exemplo sombrio a Idade Média; não no sentido de mais poder do Estado sobre elas. A criação de laços reais que prendam abstrações caracteriza os nossos tempos. Mas também eles promoveram o poder dos individuos sobre elas.

Capítulo II

DA COMPETÊNCIA INTERNACIONAL))))

1. Competências supra-estatalmente distribuídas ou de direito das gentes A competência para legislar, julgar e executar é supra-estatalmente distribuída pelos Estados que existem na Terra, separados eles como tanques, só excepcionalmente comunicáveis, de atividade legislativa, executiva e judiciária. Conforme é maior a influência de direito ou de fato entre eles, são independentes de direito, ou dependentes de direito, como ocorrem com as colônias, e independentes de fato ou dependentes de fato, conforme a pressão que sobre eles exerçam os outros Estados.

Algumas formas de dependência de direito criam no interior dos Estados corpos julgadores, ou isenções de jurisdição, a que se chama *exterritorialidade.* Toda essa teratologia jurídica provém do excesso despótico dos séculos dos descobrimentos e dos séculos posteriores do capitalismo, na sua fase expansiva.

Enquanto o Estado pode conhecer de todos os litígios e exercer a jurisdição voluntária em todo o seu território, diz-se que tem *jurisdição* sobre ele. Porque jurisdição é o poder de realizar o direito objetivo, o seu ou o dos outros Estados, sempre que se ligam a fatos ocorridos, pessoa e efeitos que devem ser deixados ao seu exame. Esse poder, nos países democráticos, é exercido pelo Estado, através dos seus juizes, nomeados pelo povo, ou por algum dos poderes eleitos pelo povo. Nos Estados em que a liberdade é assegurada, gozam de toda a independência, para se oporem às invasões dos outros povos no terreno das liberdades individuais. Nos Estados em que se respeita a igualdade perante a lei, nenhuma distinção se faz na incidência e aplicação das leis, os juizes são adstritos a esse princípio e aplicadores desse princípio, e eles mesmos são iguais aos outros cidadãos.

O princípio absolutista, ou remanescente, de que a competência judiciária se determina “por exclusão”, deve ser repelido em todo Estado democrático. Não é regra para os juizes verificar se não há lei especial que atribua o caso a outra jurisidição. Os conceitos de competência legislativa, executiva e judiciária são conceitos que entraram, de muito, nos direitos das gentes, e contra os quais se levantaram alguns juristas interessados em implantar a completa supremacia do Poder Executivo, nos Estados ademocratizados. A autoridade judiciária é a que julga, a que decide conflitos entre pessoas físicas ou jurídicas, sempre que umas ou outras invoquem *lei.* Se um Estado, na ordem supraestatal, pode acusar a outro de não ter justiça regular, independente, ou de não oferecer segurança judiciária aos homens em geral, ou aos cidadãos do Estado reclamante, é que existe conceito, supra-estatal ou *a priori*, de justiça, de poder jurídico. Tal conceito éhistórico, supra-estatal, positivo e não *apriori;* mas existe.

2. Jurisdição Chama-se *jurisdição* à competência judiciária distribuída a cada Estado pela ordem supra-estatal. É o poder de julgar, indiferente à repartição desse poder feita pelo Estado. Quando o Estado reparte essa jurisdição, essa *iudicis dandi licentia*, então se chama, ao poder de julgar “repartido”, *competência.*

A jurisdição supõe exclusividade e permanência. Salvo se o Estado permite outra jurisdição, ou foi, de fato ou de direito, privado de parte do seu território. No primeiro caso, deu-se a invasão; no segundo, a perda da categoria de Estado independente, ou a perda de parte do território, ainda que continue a ter no local a sua justiça. A permanência é a exclusividade no tempo. Não exclui o fato de se admitirem juizes árbitros, se bem que se trate, muitas vezes, de expediente internacional para se obter a justiça com quebra da exclusividade jurisdicional do Estado débil. Por isso mesmo, o interesse pelo juízo arbitral, invasão dos quadros judiciários pela autonomia da vontade, corresponde à tendência antinacional, "internacionalista", do capitalismo tardio. O Código de Processo Civil, arts. 1.072-1.102, como o de 1939, arts. 1.03 1-1.046, manteve certa atitude prudente, a esse respeito, que será analisada no lugar próprio.

*(a)* Tem-se de partir, no tocante àjurisdição, para as ações proponíveis ou propostas contra um Estado, do princípio fundamental de direito das gentes de que nenhum Estado pode ser submetido à jurisdição de outro ou de outros Estados. Chama-se a isso, também, princípio da imunidade jurisdicional dos Estados estrangeiros. Pode dar-se que o Estado A adquira, por exemplo, em banco situado no estrangeiro, moeda estrangeira ou sua, ou artigos ou peças que sejam úteis a seus escritórios, lugares de investigação e de indústria. Aí, o Estado figurou como se fosse qualquer pessoa jurisdicional. Temos de repelir, em tal espécie de ato jurídico, que seja o Estado a atuar como Estado *(e.g.*, o que sustentaram A. Strõlzel, *Võlkerrecht,* 57; A Zom; *Võlkerrecht,* 57; G.S. Freud, *DieRechtsverhãltnisse der ôffentlichen Anleihen,* 256 s., *Der Schuts der Glãubiger gegenliber auswaãrtigen Schuldnertaaten,* 35; Hans Sperl, *Die Vollstreckuungshilfe Deutsches Zivilprozessrecht,* 1, 28).

A teoria que marca limite à imunidade jurisdicional quando o Estado procede, no campo de outro Estado, como titular de direito privado desse Estado, é a verdadeira, posto que se tenha de reconhecer que não há, aí, rigorosamente, exceção, porque só se falou imunidade do Estado como tal. Está noutro território *(princeps in alterius territorio privatus).* Com razão, Josef Kohler (Zivilprozessrecht und Konkursrecht, *Enzyklopãdie der Rechtswissenchaft,* III, §

14), Konrad Hellwig *(Lehrbuch des deutschen Zivilprozesserchts,* 1, 115 s.), Th. Niemeyer (Zur Gerichtsbarkei liber fremde Staaten, *DeustschJuristen-Zeitung,* XV, 105 s.), Richard Schmidt, *Lerhbuch des deutschen Zivilprozessrechts,* 294), A. Geouffre de Lapradelle (La Saisie Russe à Berlin, *Révue de Droit*

*International Privé*, 1910, 779 s.), e Siotto-Pintor (Lo Stato estero e la giurisdizione, *Rivista di Diritto processuale civile*, III, 1926, II, 93; Lo Stato estero, il giudice italiano e la sentenza immutabile, IV, 1927,11, 222 s.).

*(b)* Se o estado estrangeiro voluntariamente exerce no Brasil a sua pretensão à tutela jurídica, como se propõe ação declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva perante algum juízo brasileiro, renunciou à sua imunidade, se, no caso, tinha. Dá-se o mesmo com o Brasil se entende propor noutro Estado alguma ação, apesar de lhe caber alegação de imunidade. Mas, aí, o Govemo brasileiro violou a Constituição.

Mais ainda: se em contrato ou outro negócio jurídico, inclusive tratado, o Estado admite a jurisdição estrangeira, e a espécie seria imunidade jurisdicional, mas ele renuncia, a jurisdição estrangeira pode ser aquela em que é apresentado como réu, ou em que se apresenta como autor. Para que tal renúncia explícita ou tácita aconteça, é preciso que, conforme a sua Constituição, pudesse o Estado renunciar. Daí ser da máxima importância que se verifique, de início, se o caso ou a espécie entra na dimensão da imunidade jurisdicional, ou se não entra. Se o estado tem escritório para vendas ou compras no estrangeiro, ou manda alguém ao estrangeiro para compras ou para vendas sem que tivesse o Govemo de tal Estado funcionado como Estado, e sim como simples particular, não há incidência do principio da imunidade jurisdicional. *Aliter,* por exemplo, se o contrato foi feito entre pessoa física ou pessoa jurídica estrangeira e o Estado como Estado. Aí, há vinculatividade, porque está em causa a soberania do Estado. O Estado pode ser figurante de negócios jurídicos de direito privado em que abstraia da estatalidade. Não assim se o ato entra no rol dos atos administrativos.



*(c)* O Brasil, não só no plano internacional como no plano interno, submete-se e sustenta o principio da imunidade jurisdicional. Se algum Estado estrangeiro exerce pretensão à tutela jurídica, temos de entender que o Brasil a prometeu a quem tinha de propor ação ou defender-se perante a justiça brasileira. Assim, para Estado estrangeiro que teve de vender ou vai vender edifício que tem no território brasileiro, o negócio jurídico rege-se pelo direito brasileiro e qualquer

ação pode ser proposta perante o juiz brasileiro. Se o interessado propõe ação contra ele no Brasil, tal ação tem de ser admitida e julgada, porque, ai, o ato do Estado estrangeiro foi de direito privado, em que ele figurou como qualquer vendedor. Isso não afasta que o comprador, que contra ele tem ação, a proponha no território do vendedor.

Em tal caso, o que se há de esperar é que o Estado estrangeiro reconheça que foi figurante privado, e não estatal, do contrato de compra-e-venda. Não seria de falar-se em "par in parem non habit imperium". Não esta em causa ato jurídico de soberania.

Diferente é o que se passa se alguma pessoa jurídica estrangeira, seja pública ou seja privada, pede ao Estado estrangeiro concessão, autorização, licença, permissão, ou que lhe dêem poderes para atos de financiamento, investimento, de aquisição e alienação de bens seus, quaisquer que sejam, porque então não é mero figurante de negócio jurídico de direito privado. O Estado, na dimensão do direito administrativo, como está, dela não sai para a dimensão do direito privado e apenas permite, em negócio jurídico, que se adquiram e se alienem, ou de outro modo se gravem bens seus. O Estado, em tais casos, não se despiu da soberania para se portar como qualquer pessoa jurídica de direito privado.

*(d)* O que mais importa, no tocante à renunciabilidade da imunidade jurisdicional, em cada Estado, é verificar-se quais as regras jurídicas constítucíonaís que íncídem.

Tem-se de partir do principio da imunidade jurisdicional dos Estados para se saber se o Estado, em sua Constituição, permitiu ao Poder Executivo, ou ao Poder Legislativo, renúncia expressa ou tácita. Se não o admitiu, a lei seria inconstitucional, bem como, *afortiori*, ato do Poder Executivo.

Na Constituição brasileira de 1891, revista em 1925-1926, dizia-se serem os juizes e Tribunais Federais competentes para processar e julgar (art. 60): *b)* "Todas as causas propostas conta o Governo da União ou Fazenda Nacional, fundadas em disposições da Constituição, leis e regulamentos do Poder Executivo, ou em contratos celebrados com o mesmo Governo; *c)* as causas provenientes de compensações, reivindicações, indenização de prejuízo ou quaisquer outras, propostas pelo Governo da União

contra particulares ou vice-versa; *J)* as ações movidas por estrangeiros e fundadas, quer em contratos com o Govemo da União, quer em convenções ou tratados da União con outras nações". Na constituição de 1934, art. 81, falou-se: *a)*

"as causas em que a União for interessada como autora ou ré, assistente ou oponente; *c)* as causas fundadas em concessão federal ou em contrato celebrado com a União;J) as causas movidas com fundamento em contrato ou tratado do Brasil com outras nações". Na Constituição de 1967, com Emenda n0 1, o art. 125 estatui que "aos juizes federais compete processar e julgar, em primeira instância: 1 as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou opoentes, exceto as de falência e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Militar; II as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e municípios ou pessoa domiciliada ou residente no Brasil; III as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional"75.

De modo nenhum se pode interpretar qualquer texto constitucional como permissivo de se poder inserir em lei, tratado, ou negócio jurídico, a sujeição à competência jurisdicional de outro Estado se a espécie cabe em qualquer das regras jurídicas constitucionais acima apontadas.

O principio da imunidade jurisdicional está antes dos textos e eles o respeitam, sem possibilidade de exceção, quer em lei, quer em tratado, ou, com mais forte razão, em negócio jurídico.

*(e)* A VI Conferência Internacional de Havana levou à Convenção de Direito Internacional Privado, que se assinou a 20 de fevereiro de 1928. A aprovação pelo Congresso do Brasil ocorreu em 1929. Lê-se no art. 333 do chamado Código de Direito Internacional Privado: "Os juizes e tribunais de cada Estado contratante serão incompetentes para conhecer dos assuntos cíveis ou comerciais em que sejam parte demandada os demais Estados contratantes ou seus chefes, se se trata de uma ação pessoal, salvo o caso de submissão expressa ou de pedido de reconvenção".

Acrescenta o art. 334:

“Em caso idêntico e com a mesma exceção, eles serão incompetentes quando exercitem ações reais, se o Estado contratante ou o seu chefe têm atuado no assunto como tais e no seu caráter público, devendo aplicar-se, nesta hipótese, o disposto na última alínea do art. 318”. No texto a que se faz remissão (“última alínea do art. 318”) diz-se o seguinte: “A submissão não será possível para as ações reais ou mistas sobre imóveis, se a proibe a lei da sua situação”. A submissão, a que se alude, é a submissão expressa ou tácita.

Os arts. 333 e 334 são relativos apenas às espécies em que incide o princípio da imunidade jurisdicional, a que alguns Estados permitem exceção pela submissão expressa ou tácita, o que de modo nenhum se pode admitirem leis e tratados ou quaisquer declarações dos Poderes brasileiros, porque feriria a Constituição. No art. *335,o* Código de Havana estatuiu: “Se o Estado estrangeiro contratante ou o seu chefe tiverem atuado como particulares ou como pessoas privadas, serão competentes os juizes ou tribunais para conhecer dos assuntos em que se exercitem ações reais ou mistas se essa competência lhes corresponder em relação a indivíduos estrangeiros, de acordo com este Código”.

Para o Brasil, o que é essencial é que se atenda à competência do lugar da execução (senso lato) da obrigação, em se tratando de direitos pessoais. Não importa onde foi concluído o negócio jurídico. Mas tal regra jurídica não apanha a União, nem qualquer entidade interestatal brasileira.

O princípio da imunidade jurisdicional não é consuetudinário, isto é, apenas oriundo da repetição e uniformidade dos atos internacionais, como pareceu a Dionisio Anzilotti (L’Esenzione degli Stati Esteri daíla Giuridizione, *Rivista di Diritto Internazionale,* 1910, 505). Resultou das relações interestatais, que não só revelaram a conveniência do princípio, mas sim a conveniência e a própria necessidade, para a independência dos Estados. Foi acertada a decisão do Chief Jutice Marshall, em 1812, bem como o que escreveram Th. Niemeyer, no artigo de 1910, que antes citamos.

Trata-se de principio de direito das gentes, oriundo de processo histórico de adaptação entre os Estados, agregando-se e colaborando, e não de contrato social, *afortiori,* de vontades singulares. Bem o frisou H. Triepel *(V5lkerrechtund Landsrecht,* 74 s.). Existe sociedade superposta aos Estados,

que são sociedades, como o foram as tribos e as nações de tribos. Há deficiência do sistema jurídico supra-estatal, conforme sustentamos em 1930, em Berlim, em conferência na Kaiser-Wilhelm-Stiftung; mas mesmo nos Estados, ainda a há.

Partindo do princípio da imunidade jurisdicional, cada Estado edicta as suas regras jurídicas constitucionais, que podem cortá-los em alguns pontos; mas ele mesmo não o pode cortar se a sua Constituição não o permitiu. Os outros não podem impor que faça cortes: só ele os pode fazer ir ao ponto de se desestatizar. Tem de respeitar a própria pessoa, porque ele é pessoa (cf. P. Heilbom, *Das Syste,n des Võlkerrechts,* 311), como as outras pessoas jurídicas.

A discussão em torno de ter ou não ter imunidade jurisdicional o Estado não reconhecido por outro, ou por outros, foi mantida entre internacionalistas de quase um século; mas, para nós, ele tem os eventuais direitos que tem o filho não reconhecido, ou mesmo o nascituro.

Finalmente tem-se de evitar qualquer confusão entre restrição do princípio de imunidade jurisdicional, que supõe renúncia, ou invasão jurídica, quase sempre polftico-ecOnômica e jurídica, e limites conceptuais do princípio (espécies em que ele não incide).

No Decreto n0 15.783, de 8 de novembro de 1922, art. 775, § 1~', foi dito: "São cláusulas essenciais e como tais não podem ser omitidas em contrato algum, sob pena de nulidade: *e)* nos contratos com pessoas naturais ou jurídicas domiciliadas no estrangeiro, a cláusula que declare competente o foro nacional brasileiro, para dirimir quaisquer questões judiciárias originadas dos mesmos contratos". Proveio do Código de Contabilidade da União (Decreto n0

4.536, de 28 de janeiro de 1922, art. 106). Falou-se de "pena de nulidade". i,Nulidade do contrato, ou nulidade da cláusula que ofende o princípio ~ imunidade jurisdicional? No Decreto n0 15.783, de 8 de novembro de 1922, a redação não foi boa, mas a ínterpretaçaO que reputasse nulo o contrato, seria errônea. O que se há de entender é que nula seria a cláusula renunciativa da imunidade jurisdicional. O assunto merece na prática maior exame.

O princípio da imunidade jurisdicional é princípio de Direito das Gentes; e o Direito Constitucional brasileiro repele qualquer renúncia do Estado à sua

imunidade jurisdicional, mesmo se atinente só a algum assunto ou ponto.79

Mesmo se não fosse posta a cláusula, o foro tinha de ser do Brasil. Daí não dizermos que é obrigatória, posto que seja aconselhável, inclusive para conhecimento das pessoas que tiverem negócios com a empresa estrangeira a respeito dos títulos brasileiros. A ausência da cláusula não acarreta qualquer invalidade do contrato. Trata-se, no caso, de respeito a princípio universal, que é o da imunidade jurisdicional.

Cada Estado *promete* a tutela jurídica, e não há qualquer inconveniente em que a sua Justiça julgue as ações em que ele é parte, pois, a cada momento, o outro figurante não é pessoa jurídica estrangeira e os juizes condenam o Estado de cujo Poder Judiciário fazem parte. Se tal o tratamento dos seus nacionais, igual há de ser o dos estrangeiros. Mas a Justiça de um estado julgar outro Estado, como entidade estatal, seria ofensa ao princípio da imunidade jurisdicional.

Existe a paridade de independência dos Estados, que é princípio como o da imunidade jurisdicional. Nenhum Estado pode, juridicamente, limitar os princípios que aos outros aproveita. Se falta elemento para que o princípio da imunidade jurisdicional não incida, então sim: o Estado, que, no território de outro, procede como se fosse particular, não é como Estado que propõe ação ou responde a alguma citação. Tornou-se *subditus temporarius.* A implantação de agência de negócios no estrangeiro rege-se pelo direito local, e não é o Estado, com a sua personalidade, que atua.

Com isso, o Estado não renunciou à imunidade jurisdicional; aí, *não a tem.* Por isso, havemos de repelir a referência à renúncia, como fizeram alguns juristas desde o fim do século passado.

Se a espécie é regida pelo princípio da imunidade jurisdicional a cláusula que estipula a competência do foro brasileiro e a do foro estrangeiro, a líbito, é nula, na segunda parte (“a do foro estrangeiro”). Outrossim, a cláusula que fez competente o foro estrangeiro.

O direito à imunidade jurisdicional é irrenunciável, conforme já antes dissemos; e a lei especial, que fosse feita, seria inconstitucional. Se posta em contrato a cláusula renunciativa, nula seria, por ofensa à Constituição, e poderia ser causa para responsabilidade dos dirigentes.

A cláusula renunciativa seria contrária ao princípio da imunidade jurisdicional e à Constituição, que de modo nenhum a permite, nem permite que alguma lei dê aos figurantes de negócios jurídicos a faculdade de inserção de tal cláusula.

O art. 775, § l~, *e),* que não estava no Código de Contabilidade da União (Decreto n0 4.536, de 28 de janeiro de 1922), foi posto no Decreto que *regulamentou* (Decreto n0 15.783, de 8 de novembro de 1922), pode ter duas interpretações: uma, a que atribui ao texto redação que faz nulo qualquer negócio jurídico com pessoa física ou jurídica estrangeira quando sem a cláusula expressa; outra, a que o lê como tendo sido má redação, por ter o autor do regulamento, no §

10, *e),* ter esquecido que no parágrafo falara de não poderem "ser omitidas em contrato algum" as cláusulas tidas como essenciais. Ora, literalmente, a primeira interpretação seria a mais próxima do texto; a segunda atenderia a que háo princípio da imunidade jurisdicional que dispensaria a sanção da nulidade do contrato. De qualquer modo, convém que se insira a cláusula, para que não haja controvérsia, e não tenha algum interessado a oportunidade de propor ação de nulidade do contrato. Não seria justo nem admissível que se não consi derasse válido o contrato, mas tem-se de atender a que as circunstâncias poderiam levar a litígios, no Brasil e alhures.

Se o Governo assina contrato com empresa estrangeira, ou mesmo nacional, no qual há cláusula de ser competente, jurisdicionalmente, a Justiça de Estado estrangeiro, aí a nulidade é de todo o contrato, e não só da cláusula. O negócio jurídico violou o principio da imunidade jurisdicional e a própria Constituição da República Federal do Brasil. 8<> Além disso, há responsabilidade pelo ato de quem assinou, por ter poderes constitucionais ou legais para assinar, ou o assinou por delegação ou procuração.

Mais de uma vez temos de pôr em relevo que o art. 775, § l~, *e),* não é regra jurídica *legal,* mas sim *regulamentar.*

Somente regulamentar. O Decreto n0 15.783, esse, é simples regulamento do Decreto (legislativo) n0 4.536. O art. 106

do Decreto n0 4.536 apenas permitiu a regulamentação. Não há no Decreto n0 4.536, que é *lei,* a regra jurídica do art.

775, § 1w', *e),* do Decreto n0 15.7838<.

Se alguma sentença infringe o princípio de imunidade jurisdicional, tem-se assente que é nula por violação de regra de direito das gentes *(e.g.,* F.Melli e Stengel quanto ao célebre caso Hellfeld), posto que, no plano do direito das gentes, também se tenha de considerar nula tal sentença (pareceres de 5. Brie e G.S. Freund). Não se diga que, ai, são contraditórias as duas opiniões. A nulidade pode ocorrer em dois sistemas jurídicos *(e.g.,* o estatal e supra-estatal ou de direito de gentes, ou no Estado B, que se reputa e é competente, e o Estado A, onde, a despeito da incompetência, foi proferida a sentença).

Se houver ou se há, na espécie, incidência do principio jurisdicional do Brasil, qualquer sentença declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva, proferida contra o Brasil, ou mesmo em ação proposta no estrangeiro pelo Governo brasileiro, é sentença cuja eficácia de jeito nenhum pode ter acolhimento no Brasil, nem poderia o Supremo Tribunal Federal homologá-la. O Supremo Tribunal Federal, ao ter de homologar sentença estrangeira, há de começar pela verificação do respeito ao principio da imunidade jurisdicional e à Constituição brasileira. Se não se atendeu ao princípio e à Constituição, é de indeferir-se, *in limine,* o pedido da homologação.

Se a Justiça brasileira não fosse competente e houvesse sentença violadora do princípio da imunidade jurisdicional ter-se-ia de alegar a incompetência em recurso. No direito brasileiro, mesmo se já não cabe recurso, há a ação rescisória contra tal sentença. Se o prazo preclusivo ocorre, nada mais, no plano do direito interno, se pode tentar. No direito de outro Estado, onde foi proferida, têm-se de conhecer as regras jurídicas a respeito. Se alguma sentença, proferida no estrangeiro, ofende o princípio da imunidade jurisdicional, mesmo se já transitou em julgado e já se extinguiu o prazo preclusivo para alguma ação rescisória, ou semelhante, não é homologável no Brasil, e não se lhe pode importar qualquer efeito.

Alguns juristas entendiam que, proferida sentença que desobedeça ao princípio da imunidade jurisdicional, não há prazo para recurso, nem para ação contra a sentença trânsita em julgado *(e.g.,* Arthur Nussbaum, *Die Prozesshandlungen, ihre Voraussetzungen und Eifordenisse,* 17 s.). Ora, para isso, seria preciso que já houvesse direito processual supra-estatal, ou interestatal, que o estatuísse. Qualquer Estado, isto sim, pode recursar-se a importação de efeitos. A jurisdição

brasileira é inafetável e irrenunciável. Se querem afastar meras controvérsias no estrangeiro, aconselhável é que se ponha a cláusula de ser competente, em quaisquer circunstâncias, a Justiça brasileira.

3. Divisões da jurisdição Urna das divisões da jurisdição é ser contenciosa, litigiosa, e voluntária; e gratuita. Muitas vezes se dá à última o nome impróprio, por ambíguo, de *administrativa* (juizes administrativos, varas administrativas). Voluntária, porque nela as partes atuam *in volentes,* em oposição às partes *in nolentes* da jurisdição contenciosa. Porque, numa e noutra, a função do juiz se diferencia, se pretendeu que era a função do juiz, e não o ânimo das partes, que servia de distintivo. Outros erraram palmarmente em fazer a dicotomia correspondente à de função de oficio e função provocada do juiz. O verdadeiro critério discriminativo é o do que "pretendem" as partes.

Porque daí resulta tudo mais. Não, porém, a distinção entre jurisdição de ofício e jurisdição provocada, que corresponde ao grau de interesse do Estado no exercício da função judicial. O critério do ânimo, *in nolentes, in volentes* , não adianta, uma vez que o réu pode confessar desde logo. Se atendemos à estrutura da relação jurídica processual, chegamos a melhor resultado: ajurisdição contenciosa supõe ângulo, porque o direito de um nega o do outro e o Estado promete a prestação jurisdicional a um ou outro, ou em partes distintas; na jurisdição voluntária, o direito, se há mais de uma parte, é convergente, ainda que, sendo duas ou mais as partes, os seus direitos se limitem.

Os interesses são no mesmo sentido, da mesma espécie; posto que não sejam um só.

Todavia, o conceito de jurisdição voluntária é de pôr-se de lado, pela impossibilidade de se terem juizes que somente conheçam casos em que a jurisdição seja voluntária e de se poderem precisar as espécies em que a congniçáo só seria de jurisdição voluntária. Sempre que o problema se apresente versá-lo-emos *in concreto.* Muitos falam de jurisdição voluntária a respeito de ações em que a "voluntariedade" é apenas o que mais acontece, porém nem sempe acontece, o que de si só põe à mostra a periculosidade do conceito.

O lugar da prestação pode ser determinado:

*a)* Pela *vontade expressa ou tácita dos figurantes, ou do figurante.* Em se

tratando de negócio jurídico unilateral, o figurante diz qual o lugar em que há de prestar, ou tal indicação resulta das circunstâncias. Se é bilateral o negócio jurídico, a fixação unilateral do lugar da prestação, parta do oferente ou parta do aceitante, somente é eficaz se houve consentimento do outro figurante. Tal consentimento pode ser expresso ou tácito. Se, pelas circunstâncias, o outro figurante teria de protestar e não protestou, ou se éde presumir-se que consentiu, tem-se como bilateralizada a fixação do lugar da prestação, se é caso para se admitir acordo tácito. No contrato de locação de serviços ou trabalho, no lugar fixado pelo empregador é que se há de prestar o serviço, ou trabalho; no domicílio dele é que há de ser pago o salário, se não acordo em contrário.

A fixação do lugar da prestação nas *listas de preço,* nas *circulares,* nos *modelos de compra e venda,* ou nos *recibos* de pagamentos imediatos ou parciais, ou nos *pedidos,* é tida por assente, porque, se é o caso, faz parte da oferta e da aceitação. Não, porém, a que se faz diferente, na *fatura,* ou na *nota de comissão,* ou na *nota de remessa,* ou em *conta de recebimento* ou de *confirmação.* O lugar da prestação indicado nos jornais não é de supor-se o adotado, salvo uso e costume em contrário.82

É de supor-se: *a)* que o viajante tenha de adimplir no lugar em que contraiu as dívidas; *b)* que os créditos abertos a favor do banco tenham de solver-se no banco ou na agência do banco em que contraíram as dívidas; *c)* que o consertador ou manufaturador ou outra pessoa que prometa obra haja de entregar a coisa onde foi tomada a obrigação, isto é, na casa do freguês, se aí recebeu a coisa ou o pedido, ou na caso do obrigado à obra se 82

Vejam-se o art. 100, IV e V e os arts. 101, 1 e 93, 1 e ii, do CDC (Lei n0 8.078, de 11.9.90), e também o arl. 12 da Lei no 7.244, de 7.11.84, concernente aos juizados especiais de pequenas causas.

aí foi que lhe entregaram a coisa ou o pedido; *d)* que, se a coisa que tem de ser prestada não se acha, com o conhecimento de ambos os figurantes, no lugar do domicílio do devedor, se há de entregar onde se acha *(e.g.,* A compra a B a mercadoria que B depositou, noutra cidade, em casa de C).

As relações jurídicas de conta corrente não têm lugar especial de prestação. O domicilio do devedor é que é o lugar da prestação.

No contrato de expedição, o lugar da prestação é o da entrega dos bens do expedidor, salvo convenção diferente.

O lugar da prestação, que se fixou no porto de expedição, ou na estação de despacho, está atendido desde o momento em que entrega o conhecimento de transporte, ou a agência de transportes o remete ao destinatário, se o navio partiu ou não (Otto Warneyer, *Kommentar,* 1, 450). Se foi em tempo, ou não, é outro problema, que só diz respeito ao tempo de adimplir.

As cláusulas “de contado ao chegar” e “liquido caixa contra entrega” são determinadas do lugar da prestação para ambos os figurantes. Não, a cláusula “pagável à remessa”. Se há no mesmo negócio jurídico fixação de lugar da prestação para uma, ou algumas das prestações, e há outras para serem feitas, ou se há semelhança entre esse negócio jurídico e os posteriores, tem-se por determinado para todas as prestações o lugar (Otto Warneyer, *Kommentar,* 1, 269). Nada impede que se fixe lugar da prestação situado no estrangeiro, ou que o pagamento seja feito em banco no estrangeiro. Convém frisar-se que o fato de assumir o devedor as despesas de transporte ou remessa e os riscos não tem importância para se resolver a questão do lugar da prestação. Tanto pode ter o remetente o ônus das despesas e dos riscos se o lugar da prestação é o ponto de partida, ou se é o ponto de chegada. Também pode ocorrer que o lugar da prestação não seja o domicílio do devedor e as despesas e riscos Corram por conta do credor. As cláusulas “fob Santos” (= “franco a bordo em Santos”), “franco Santos”, “cif Rio de Janeiro” (= “*cost, insurance, frei ght* Rio de Janeiro”) de modo nenhum bastam para se ter como lugar da prestação o lugar do destino.

*b)* Pela *natureza da obrigação.* Por exemplo: *a)* crédito consistente em transmissão formal da propriedade imobiliária ou em constituição de direito real limitado, o que, pela natureza da obrigação, só se pode cumprir com o registro e, portanto, no cartório do registro de imóveis.

O lugar da prestação, nas obrigações por atos ilícitos, é o do domicilio do credor (Franz Leonhard, *Erfãllungsort und Schuldort,* 111; G. Planck, *Kommentar,* II, 154), salvo por ofensa a bens imobiliários.

Os honorários médicos, se os serviços foram prestados na clínica ou no gabinete, aí devem ser pagos, salvo se houve convenção em sentido

diferente. Prestados em casa do doente, aí hão de ser solvidas as contas remetidas, salvo convenção em sentido diferente.

Nas prestações toma-lá-dá-cá *(Zug um Zug)*, o lugar da tradição éo da prestação. Todavia, se, apesar da natureza da obrigação, um dos figurantes recebeu o que lhe havia de ser prestado, e outro, não, o lugar da prestação por se fazer é o do domicilio do devedor.

Não há razão para que a obrigação do comodatário se haja de executar no domicílio do credor. O trator que o comodatário foi buscar à fazenda do comodante ai tem de ser entregue. Se estava guardado em garagem, lugar da entrega é o lugar em que estava. Se o comodante levou o perfurador àcasa do comodatário, nada há que justifique ter o comodatário de levá-lo ao domicílio do credor. A natureza da obrigação não tem, em tal contrato, a eficácia de determinar o lugar da prestação. Têm-se de afastar sugestões da doutrina francesa e da italiana.

*c)* Pela *lei.* Às vezes, a lei predetermina o lugar da prestação. Por exemplo: se o pagamento consistiu na tradição de um imóvel, ou em prestações relativas a imóvel, o depositário e o devedor de depósito irregular têm de restituir a coisa depositada no lugar do depósito.

Se o devedor tem estabelecimento comercial ou industrial em lugar distinto do lugar em que tem domicílio, domicilio, para as obrigações oriundas de relações jurídicas comerciais ou industriais, é o lugar em que tem sede ou agência a empresa, ainda que não se trate de domicílio que conste de declaração registrada.

A escolha entre domicílios do devedor ou do credor pode dar-se, se a um deles não está, por sua natureza, ligada a prestação (não se entrega o cavalo no domicilio da cidade; nem se vai buscar o quadro célebre na fazenda do devedor). Não há escolha entre domicílios e residências, nem entre residências. A residência de verão é o domicílio do devedor, para as contas da cidade de veraneio que tenham de ser pagas no domicilio do devedor.

No direito alemão (Código Civil alemão, ~ 270, alínea la), o devedor, se a prestação é em dinheiro, tem, *na dúvida,* de, à sua custa e risco, fazê-la chegar ao domicílio do credor. (Sobre a regra jurídica alemã e seu conteúdo, cf. M.

Mumm, *Zur Lehre von der Geldiiberinittlungspflicht,* 1 s., 26 s.). Aliás, é de observar-se que a alínea ía do ~ 270 do Código Civil alemão não é limitação à regra jurídica do ~ 269; apenas determina o ônus de despesas e riscos. Não há, no direito brasileiro, tal regra jurídica interpretativa, nem *afortiori,* a regra jurídica dispositiva. Se, em virtude o domicilio do devedor é o lugar da prestação, aí é que se tem de prestar o devido, ainda que se trate de dinheiro. "Se o pagamento consiste na tradição da posse de imóvel, ou em prestações relativas a imóvel, faz-se no lugar em que está situado." Não se cogite da transmissão da propriedade, porque essa, pela natureza da obrigação, se faz no registro de imóveis. A tradição, simples, *longa manu, brevi manu,* pelo constituto possessório, ou pela cessão da pretensão, àentrega, é tradição da posse *no lugar do imóvel.* Se a cessão da pretensão à entrega não seria eficaz, não se pode pensar em adimplemento satisfatório.

A jurisprudência e a doutrina que procuraram assentar ser no domicílio do locatário que se hão de pagar os alugueres (J. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial,* VI, 413, nota; certo, Clóvis Beviláqua, Parecer, *Revista dos Tribunais,* 43, 445) são de repelir-se, porque aluguéis sao prestaçoes relatívas a imóveis. Sem ter o direito alemão essa regra jurídica, a doutrina chegou ao mesmo resultado. (O. Niendorff, *Mietrecht nachdemBGB,* lO~ ed., 183.) As rendas sobre imóveis, trate-se de direito real, ou não, são sujeitas à regra jurídica do art. 951.

As reparações e consertos do imóvel têm de ser pagos onde se acha o imóvel (Otto Warneyer, *Kommentar,* 1,451).

Exatamente isso éo que resulta do art. 951 do Código Civil. Se a dívida só é adimplível no domicílio do credor, ou no banco, ou noutro lugar que se determinou, o devedor tem de levar até lá a prestação. Se só é adimplivel no domicílio do devedor, ao credor é que importa ir buscá-la. Ali, há divida de levar; aqui, de se ir procurar, buscar ou receber.

Salvo se foi fixado o domicilio do credor, ou lugar onde outrem possa receber, a divida, *na dúvida,* é de se procurar ou ir receber; e não de se levar. De regra jurídica que faz ser adimplivel, no domicilio do devedor, a divida, se não ocorre um dos fatos previstos que preexclua a regra jurídica, não se pode tirar, sem mais e generalizadamente, que se tenha, na dúvida, por divida de se ir receber. Porque se pode dar que seja de ir levar em lugar em que outrem receba *(e. g.,* banco).

Rigorosamente, o ser de ir levar, ou de ir receber, a divida, nada tem com o lugar (Otto Wendt, Die exceptio doli generalis *im heutigen Recht,* 128 s.; Hans Albrecht Fischer, Konzentration und Gefahrtragung bei Gattungsschulden, *Jherings Jahrbucher,* 51, 199; Franz Leonhard, *Erfiillungsort und Schuldort,* 110). Por outro lado, o fato de ter o devedor de expedir não significa, de si só, que o lugar da expedição é o lugar da prestação, nem, tampouco, que o credor nao tenha de ír buscar no lugar de destino.

A obrigação de remeter não se compreende na de prestar no domicilio do devedor, nem a de remeter a outro lugar se inclui na de levar ou remeter a determinado lugar. Quem alega que se devia ou se deve pagar noutro lugar que o do domicílio do devedor tem o ônus de o provar. Paul Oertmann, *Das Recht der Schuldverhãltnisse,* 87; G. Planck, *Kommentar,* II, 155; sem razão, Franz Leonhard, *Die Beweislast,* 350). Se o devedor alega que podia ir pagar noutro lugar, também lhe incumbe a prova. As proposições acima apanham as obrigações positivas e as negativas (M.

Lesser, *Der Inhalt der Leistungspflicht,* 2 s.).

Se a prestação há de ser feita no domicílio do devedor, e o devedor, entre a conclusão do negócio jurídico, ou outro fato de que resultou a obrigação, muda de domicílio, é no lugar do domicílio *ao tempo da conclusão do negócio jurídico, ou do fato irradiador da obrigação,* que se há de prestar (L. Enneccerus, *Lehrbuch,* II, 82; Otto Wameyer, *Kommentar,* 1, 453). J. X. Carvalho de Mendonça *(Tratado de Direito Comercial,* VI, 413 s.) pretendeu tirar da regra jurídica que o domicílio deve ser entendido como o do devedor por ocasião do pagamentojacrescentando que pode haver gravame ao credor mas esse que se acautelasse devidamente. De modo nenhum. Nem os textos a respeito permitiam tal ilação, nem é isso o que em ciência se tem por certo. O lugar da prestação é determinado de inicio, com o nascer da obrigação e o art. 88, II, do Código de Processo Civil de 1973 frisou a suficiência do pressuposto do lugar da prestação, abstraindo-se do domicilio.

Se a obrigação é condicional ou a termo, a mudança de domicilio posterior à conclusão do contrato é inoperante (Paul Oertmann, *Das Recht der Schuldverhãltnisse,* 84; A. Duringer M. Hachenburg, *Das Handelsgesetzbuch,* II, 2~ ed., 524; L. Enneccerus, *Lehrbuch,* II, 82; sem razão, F. Schollmeyer, *Recht der Schuldverhãltnisse,* 81).

Se o devedor pode solver a divida a qualquer credor e tem os credores diferentes domicílios, a escolha do credor a quem há de pagar importa escolha do domicílio (Paul Oertmann, *Das Recht der Schuldverhãltnisse,* 85).

Se a prestação há de ser feita no domicilio do credor e esse muda de domicilio após a conclusão do contrato, e com isso crescem as despesas e os riscos da remessa, ou da entrega, o credor acarreta com os gastos e os riscos, salvo se foi prevista a mudança sem alteração das situações. A regra jurídica apanha a própria promessa de doação se a obrigação é de ir levar *(G.* Planck, *Kommentar,* II, 159; Otto Warneyer, *Kommentar,* 1, 454; sem razão, Hugo Rehbein, *Das Biirgerliche Gesetzbuch,* II, 84; Heinrich Dernburg, *Das Biirgerliche Recht,* II, 1, 134). Trata-se de *ius dispositivum.*

Qualquer que seja o lugar da prestação, salvo *lex specialis* cogente, podem os interessados mudá-lo, convencionando que se preste noutro lugar *(e. g.,* que a indenização por ato ilícito seja entregue pelo devedor, em seu domicílio), ou alterando-se o lugar que fora determinado convencionalmente, ou cuja determinação resultou de regra jurídica dispositiva. Para a ação decorrente de fato ocorrido, ou de ato praticado no Brasil, o art. 88, III, é cogente.

4. Filial, sucursal ou agência O art. 88, parágrafo único, estabeleceu note-se bem que a entidade estrangeira que tem filial, sucursal ou agência no Brasil se tem como domiciliada no Brasil. Abstrai-se de qualquer restrição estatutária.

Posto que se fale da “pessoa jurídica”, tem-se de entender que se reputa domiciliada no Brasil e pessoa física, que tenha filial de sua firma, ou sucursal, ou agência.

A irradiação da empresa é direta ou por intermédio de entidades que não são pessoas físicas ou jurídicas, porém, como ela, estabelecimentos, ou que o são, sem que tal fato, ocorrido no mundo jurídico, seja mais, para a empresa, do que acidente.

*a)* A projeção da empresa, por si só, opera-se por seus empregados (vendedores, compradores, anunciantes, recebedores de encomendas, etc.), de jeito que tal irradiação exterior da empresa é sem qualquer criação ou agregação de *outro* estabelecimento.

*b)* A projeção da empresa pode ser por intermédio de *outro* estabelecimento secundário, que atende a clientela mais distante, ou a clientela especial. O outro estabelecimento pode ser correspondente a outra pessoa física ou jurídica, ou não (sucursal, agência). As sucursais chegam ao auge com os *chain-stores* dos Estados Unidos da América, que são mais da terça parte do comércio daquele país.

A sucursal pode ser personificada ou não, mas é preciso que haja a unidade de empresa, ou, pelo menos, a subordinação patrimonial à empresa central. É preciso que se não confundam a *fihialidade* e a *sucursalidade.* Filial é estabelecimento-filho, portanto independente; sucursal é estabelecimento ligado, talvez embrião de filial futura, porém, de qualquer maneira, atualmente aderido. O patrimônio é único; única, a empresa; apenas, em vez de pôr os empregados a vender nas ruas, ou casas, ou em viagens, localiza-os alhures, sucursalmente.

Desde que a empresa não se contenta com exercer somente no lugar da sede a sua atividade, ou há de ter *a)* filial, ou *b)* sucursal, ou *c)* agência, ou *d)* há de entrar em contacto de agência, ou *e)* de representação de empresa. A filial supõe independência, embora a empresa se sujeite a plano, programa e regras estatutárias, cjue *afiliem.* O Código de Processo Civil, no art. 88, parágrafo único, podia não se ter referido à “filial”, porque a filial épessoa: situada no Brasil, tinha de ser no Brasil a propositura de qualquer ação, atendido o pressuposto do domicílio (art. 88,1). Tem- se de interpretar a regra jurídica no sentido de ser a *ratio legis* afastar qualquer dúvida; *e.*

se foi outra agência, ou sucursal, ou mesmo outra filial, que pratica o ato de que proveio responsabilidade da empresa-mãe. Quanto às agências, abstraiu-se da distinção entre contrato de agência e agência. A continuatividade é indispensável às agências, mesmo se se trata de contrato de agência: quase sempre os negócios da agênciá, figurante do contrato, são, de regra, todos os negócios do agenciado, ou os negócios para os quais tem especialidade a agência, sem que se preelimine, de modo absoluto, a possibilidade de contrato de agência com tempo certo ou para poucos negócios *(e. g.*, liquidação de estoque). “Agência”, no sentido do art. 88, parágrafo único, é a *agência de negócios*, outro instituto, ou *representante da empresa*, uma vez que opera com poderes de presentação (o que é raro) ou representação.

*Art. 88. É competente’) a autoridade judiciária brasileira quando: i o réu,*

*qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil 2); II no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação3);*

*III a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil4).*

*Parágrafo único. Para ofim do disposto no n0 L reputa-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver agência, filial ou sucursal5).*

1.Competência e direito internacional processual O Código de Processo Civil de 1973 acertadamente inseriu artigos sobre a competência dos juízos brasileiros no plano do Direito Internacional Processual, que ao Brasil incumbe o regramento. O assunto é sobre competência das autoridades judiciárias brasileiras quando aparecem circunstâncias que poderiam levar a indecisões no tocante à competência. As regras jurídicas apenas tocam à matéria da competência das autoridades judiciárias brasileiras. Os arts. 88-90 apenas apontam espécies de ações.

Para que tenha competência o juiz é preciso que a sentença, que iria proferir, possa ser *atendida.* Se o Estado estrangeiro não reconhece, a sua eficácia é só interna. Não se vá até a afirmação de ser preciso que no Estado do juízo possa ser exercida a ação executiva da sentença, erro em que incidem alguns juristas. Pode A, no Brasil, conseguir a condenação de B, que é domiciliado no estrangeiro, e não poder, por isso, ser iniciada, no estrangeiro, a ação executiva de sentença. Condenação existiu e existe, com 3 de executividade; e a propositura da ação executiva do titulo judicial é que depende do direito do Estado estrangeiro. Os arts. 88-90 só se referem à competência da autoridade judiciária do Brasil. Não afastou alguma competência de autoridade judiciária estrangeira que coincida com a da autoridade judiciária brasileira, salvo, para eficácia no Brasil, de alguma espécie do art. 89. Por exemplo: o réu, em ação para cumprimento de obrigação que teria de ser cumprida no Brasil, é domiciliado no estrangeiro, e a autoridade judiciária de Estado estrangeiro defere a petição de propositura da ação; A prometeu vender a B um prédio de cidade do Brasil e, diante do inadimplemento pelo promitente vendedor, B propõe a ação contra A, conforme a lei do lugar, que é o domicílio de A. Tal ação tanto podia ser intentada no Brasil, conforme o art. 89, 1, ou o art. 88, II, como no estrangeiro.

2.Princípios do domicílio do réu O primeiro princípio que se lança (art. 88, 1) é o

de ser sempre competente a autoridade judiciária brasileira se o demandado é domiciliado no Brasil. Não basta a residência para que se possa invocar a regra jurídica. Todavia, se o réu não tem domicílio, ou se é incerto ou desconhecido o seu domicílio (assunto que o citado pode, na contestação, negar e dar fundamento à negativa), a ação pode ser proposta, no Brasil, onde for encontrado, ou residir (cf. art. 94, § 20, 1a parte); a 2a parte não é invocável. No caso de pluralidade de domicílios, sendo um deles no Brasil, o art. 88, 1, incide.

3.Princípio do lugar em que se há de cumprir a obrigação A determinação do lugar da prestação ou lugar do adimplemento é cláusula necessária do negócio jurídico, explicíta e implícita, ou resulta de lei.

4. Fato ocorrido no Brasil Trata-se de qualquer fato que entre no mundo jurídico e do qual se irradie responsabilidade (obrigação), seja lícito ou ilícito, contra o estrangeiro, ou a favor dele. Fato: pode ser fato jurídico "stricto sensu" *(e.g.,* loucura, surdo-mudez, cegueira, percepção de frutos, perecimento de objeto do direito, adjunção, mistura); fato jurídico ilícito (responsabilidade em caso de força maior ou caso fortuito); ato-fato ilícito *(e.g.,* mau uso da propriedade, gestão de negócios contra a vontade manifestada ou presumível do dono); atos ilícitos "strico sensu" (qualquer ato de que resulte responsabilidade); atos-fatos jurídicos *(e.g.,* tradição da posse, feitura de livro, quadro ou estátua, descoberta científica, habitação, pagamento); atos jurídicos "stricto sensu" *(e.g.,* gestão de negócios sem mandato, restituição de penhor, constituição de domicílio); negócios jurídicos *(e.g.,* contrato, outorga de poder, promessa de recompensa, devolução).

5.Filial, sucursal ou agência de pessoa jurídica estrangeira (Veja nota *15),* sob o art. 12.

*Art. 89. Compete à autoridade judiciária brasileira '*), *com exclusão de qualquer outra: 1 conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil 2> II proceder a inventário e partilha de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional* 3)•

1.Competência excepcional para ações concernentes a bens situados no Brasil A expressão "situados" está em senso largo, e não aquele que aparece quando só se cogita de terrenos, rios, edifícios e outros bens imóveis, tanto assim que, no art. 89,11, foi usado sem se aludir à imobilidade do bem.

2.Bens imóveis situados no Brasil O art. 89, 1, tem conteúdo puramente processual civil, mas a lei de direito material já o estabelecia, como regra de direito internacional privado (Lei de Introdução ao Código Civil de 1916, art. 12, §

10).

Nada tem o assunto do direito processual civil com o do direito material. Os juizes brasileiros é que têm competência para conhecer de ações relativas a bens imóveis situados no Brasil e nenhum ato processual ou sentença a respeito deles pode ser proferido no estrangeiro com eficácia para o Brasil, mesmo se as partes eram estrangeiras. As ações podem ser de qualquer espécie (declarativas, constitutivas, condenatórias, mandamentais ou executivas).

Surgem, porém, alguns problemas: o dono do bem imóvel situado no Brasil, o doou ou o vendeu a alguém, no estrangeiro; e foi proposta no estrangeiro, ação de invalidade do negócio jurídico, e foi decretada a invalidade, ou a validade. i,Basta a homologação da sentença estrangeira? Sim; o art. 89, 1, falou de "ações relativas a imóveis situados no Brasil", e havemos de entender de ações reais relativas a imóveis situados no Brasil.

Se ainda não tem eficácia no Brasil o negócio jurídico celebrado no estrangeiro, pois direitos sobre imóveis dependem das formalidades registraria e dos pressupostos de direito material para elas, as ações declarativas, constitutivas, condenatórias, mandamentais e executivas (exceto se de execução do imóvel situado no Brasil) podem ser intentadas no estrangeiro. Pode dar-se, até, que a nulidade apenas derive da incapacidade do contraente, ou promitente vendedor ou promitente comprador.

No Código de 1939, o art. 136, parágrafo único, dizia: "Quando o imóvel, sobre que versar a lide, for situado em território estrangeiro, será competente o foro do domicílio do réu". Não se repetiu no Código de 1973, nem precisava fazê-lo. Surge, então, a questão: i,onde, hoje, se há de propor a ação, se o imóvel é situado no estrangeiro e o réu é domiciliado no Brasil? O Código de 1973 só se referiu ao réu domiciliado no Brasil (art. 88, 1) e a ações relativas a imóveis situados no Brasil (art. 89, 1), e só a última competência é excluída a autoridade estrangeira. Assim, a sentença proferida no Brasil só tem eficácia no estrangeiro se o Estado estrangeiro a importa. Ainda mais: se a ação, embora relativa a

imóvel, não é ação de direito real sobre o imóvel, como se há apenas pré-contrato sem eficácia real, não se há de vedar a propositura da ação, pelo fato de ser situado no Brasil o imóvel. Nem se compreenderia que não se reconhecesse a eficácia pessoal, se, na espécie, foi a autoridade judiciária estrangeira que julgou a ação contra o domiciliado no estrangeiro. É da competência da autoridade brasileira a ação sobre a obrigação que tenha de ser cumprida no Brasil (art. 88,11), mas tal competência não é *exclusiva*, pois à exclusividade só se refere o art. 89. Não seria óbvio que promessa de compra e venda de imóvel, situado no Brasil, se tal promessa é sem eficácia real, não coubesse na espécie do art. 88, II, isto é, quando "no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação", que não é de competência exclusiva, e pois pudesse ser proposta a ação no estrangeiro. À autoridade brasileira cabe verificar se tal ação não é sobre imóvel situado no Brasil, ou se apenas concernente a obrigação cumprivel no Brasil.

Se há bens situados no Brasil e bens situados no estrangeiro onde a lei estrangeira tem de ser atendida, só os bens situados no Brasil é que são objeto do inventário e partilha no juízo brasileiro. Com isso, há ocorrências de grande repercussão: *a)* quase todos os bens são situados no estrangeiro e só algum ou alguns no Brasil, o que pode dar ensejo a ter-se de aguardar que se inventariem e partilhem os bens situados alhures; *b)* foi feito inventário dos bens situados no Brasil e houve a partilha, mas adveio no estrangeiro inclusão de bens situados no Brasil para a partilha, e choque entre as duas medidas só se pode resolver com a alteração 'do quanto atribuído no estrangeiro. Na espécie *b),* os interessados é que podem convencionar o que seria mais acertada distribuição, pois a coisa julgada já teve nos dois ou mais países a eficácia.

O juízo de inventário e partilha não deve, no Brasil, cogitar de imóveis sitos no estrangeiro, mas, se lhe é apresentada partilha feita no estrangeiro, sem inclusão de bens sitos no Brasil, pode ele examinar o que, no Brasil, melhor se pode fazer para se respeitar a herança necessária ou apenas legitima e a sucessão testamentária.

Se o bem sito no Brasil é apenas do patrimônio de empresa estrangeira, que passou ao herdeiro ou sucessor hereditário, tem-se de distribuir o bem-empresa, mas, para que haja eficácia no Brasil, é preciso que se inventarie o bem no Brasil e se comunique que houve sucessor da empresa, a que pertence o bem sito no Brasil.

(Mais uma vez advertimos que ações de promessa de venda ou de outro negócio jurídico não têm de ser tratadas, salvo se com eficácia registrária, como ações sobre bens imóveis sitos no Brasil. Se a ação que se propõe no exterior é a ação correspondente à dos arts. 640 e 641, ou à do art. 639, não pode ser tida como eficaz no Brasil, pois aijá se apanharia, com a eficácia sentencial estrangeira, bem imóvel situado no Brasil. São pormenores de grande relevância.

A constitutividade da sentença nos arts. 639, 640 e 641 é distinta da simples condenatoriedade da ação de inadimplemento do précontraente.)

A regra jurídica do art. 89, II, mostra que se teve por finalidade evitar-se a intromissão de juízo do exterior nas ações de inventário e partilha de bens, situados no Brasil, sem se ter de averiguar se estrangeiro o decujo, mesmo se domiciliado e residente fora do território brasileiro. À diferença do art. 89, 1, nenhuma referência se fez a serem imóveis os bens. Daí termos a primeira questão: i,são considerados bens situados no Brasil as coisas móveis que no Brasil se acham *(e.g.*, mobiliário, carros, barcos, cofres,jóias, dinheiro)? A resposta tem de ser positiva. Mas há segunda questão: considera-se bem móvel situado no Brasil as ações de empresas brasileiras e as estrangeiras com filial ou agência no Brasil. Também aqui~a resposta tem de ser afirmativa, quer se trate de ações nominativas, ou endossáveis, ou ao portador, porque ação é título e o bem, que ela exibe, está no ato constitutivo da empresa situada no Brasil. Terceira questão: j,estende-se tal solução aos títulos cambiários ou cambiariformes? Sim, se não são títulos subscritos e emitidos no estrangeiro por filial ou agência de entidade, estatal, paraestatal, ou particular, que tenha poder para fazê-lo em nome próprio. Quarta questão: ~,o dinheiro depositado no Brasil em estabelecimento bancário é tido como bem móvel situado no Brasil? Sim, se não há a ressalva de ser retirado pela pessoa que o depositou em filial ou agência sediada no estrangeiro, ou com destino a ser remetido em determinada data para o estrangeiro.

3. Inventário e partilha de bens situados no Brasil Segundo regra jurídica constitucional, a sucessão de bens de estrangeiro situados no Brasil é regulada pela lei brasileira, em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do decujo (Constituição de 1967, com a Emenda n0 1, art. 153, § 33)~83

Trata-se de ligação excepcional à *lex rei sitae* de direito material. A Constituição

brasileira entendeu proceder à ligação quando o decujo esteja em certa relação jurídica, de direito de família e de direito das sucessões, para com certos Brasileiros, ou dizer: *a)* Quando o estrangeiro for casado com Brasileira, ou tiver filho Brasileiro. É, pois, *necessário* que o varão seja Brasileiro, ou a mulher o seja, *ou* que algum dos filhos ou o único filho do estrangeiro seja Brasileiro. Nenhuma alusão se faz à legitimidade de tais filhos .~

Resta-nos ver se o ser casado com Brasileira ou casada com Brasileiro, ou o ter filho Brasileiro é *suficiente* para que só incida a lei brasileira. Desde já se note que afastamos o caso da lei estrangeira (do decujo!) mais *favorável,* porque constitui exclusão geral da regra jurídica da Constituição brasileira. Porém não pára aí a possibilidade de *insificiência* de ter sido o decujo casado com Brasileira. Pode ocorrer que tenha morrido separado, ou divorciado, seja estrangeiro, ou Brasileiro. A lei brasileira não incide, porque não é possível fazê-lo a *beneficio* da Brasileira, ou do Brasileiro, se não há filho brasileiro.

*Art. 90. A ação intentada perante tribunal estrangeiro* ‘) *não induz litispendência, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa* 4) *e das que lhe são conexas* 2) 3> 1. Ineficácia da litispendência de ações propostas no estrangeiro Se alguma ação, que, conforme os arts. 88 e 89, tenham de ser intentadas

83

Const. 88, art. 50, XXXI.

84

Nem caberia na vigência da Const. 88, diante do seu art. 227, § 60.

no Brasil, e o foi perante autoridade judiciária estrangeira (juiz ou tribunal), a litispendência, que existe no estrangeiro, é sem qualquer eficácia para o Brasil. Mesmo se está no fim o curso do processo, ou seja houve sentença, ou se já transitou em julgado, pode ser proposta no Brasil a ação se se trata da mesma causa, isto é, do mesmo mérito, do mesmo direito, pretensão ou ação, ou se apenas há entre as duas causas conexão.

2.Homologação da sentença estrangeira Diante do que se contém no art. 90, não

pode ser homologada sentença estrangeira se a ação, que foi proposta no estrangeiro, tinha de ser no Brasil, ou fora proposta no Brasil.

Supõe-se no art. 90 que haja pluralidade de competência (a do Brasil e a de outro Estado); portanto, que entrem no art.

88. O que se estatui é pôr-se em primeiro plano a competência brasileira, aí concorrente. Assim há evitamento de duas litispendências. Pode ocorrer que seja julgada improcedente ou procedente a ação proposta no Brasil ou no estrangeiro, o que vai dar ensejo a que se haja de examinar, para a homologação pelo Supremo Tribunal Federal, a sentença estrangeira (Cf. Constituição de 1967, com a Emenda n0 1, art. 119, 1, *g)~5,* Lei n0 4.657, de 4 de setembro de 1942, arts. 15 e 17).

Aliás, o art. 90 pôs de lado o Código Bustamante, art. 394, que fez alegável a litispendência quando a sentença proferida num Estado possa ter eficácia de coisa julgada no outro.

3. Causas conexas A autoridade judiciária brasileira pode conhecer da mesma causa que foi proposta no estrangeiro e, além disso, se, em vez da mesmidade da ação, há conexidade entre as ações. Supõe-se a concorrência de competência e deixa-se livre a autoridade brasileira. Se a ação seria a mesma, nenhum obstáculo há; *afortiori,* se há apenas conexão. Sobre a definição de ações conexas, veja-se o art. 103, com o respectivo comentário.

4.Lei estrangeira mais favorável O Brasil não fez *sua* a lei estrangeira mais favorável: ao deparar-se-lhe lei de Estado competente que ordenou mais favoravelmente do que ele, estacou e a competência do Estado estrangeiro, como sempre, ocupa o espaço em *branco* que o Estado da situação lhe deixou. A alusão ao sobredireito estrangeiro é explícita: “lei nacional do *de cuius”*. Em conseqUência disso, todo direito concernente a sucessão é dominado pelo sobredireito do Estado que dá o estatuto ao



Const. 88, art. 102. 1.6 e Regimento Interno do STF, arts. 215 a 224.

falecido: qual é, como se interpreta, desde quando e se ainda incide, só o Estado

da nacionalidade o diz, e só ele pode fazer conteúdo da sua lei a lei estrangeira, o direito de fontes e interpretação estrangeira, o direito inter-temporal estrangeiro. Desde o momento em que o Brasil *cessa de estatuir* que a sua lei incida, porque a lei nacional do *de cuius* é mais favorável, só ao Estado da nacionalidade é que se têm de fazer as perguntas relativas a sobredireito. Se há de ser aplicada a sua lei, ou a lei do domicílio; se também o sobredireito estrangeiro, ou não. Em todo caso, para se saber se o Brasil deixou o *branco,* é preciso proceder-se, preliminarmente, a tal indagação; nem seria possível que se soubesse ser mais favorável a lei ordenada pelo estatuto do decujo antes de se saber *qual* é essa lei. Sabido isso, a competência do Estado do estatuto se instala, e não cabe cogitar-se de verificação de não-produção de efeitos por infração de ordem pública onde o estatuto estrangeiro é mais favorável: o art. 153, * 33/a da Constituição de 1967, com a Emenda n0 1, foi escrito precisamente para obviar aos graves inconvenientes da lei brasileira excepcional, acidentalmente desfavorável ao Brasileiro, que a lei queria proteger. Trata-se, portanto, de regra jurídica constitucional protetiva, que passa à frente de quaisquer outras. Por certo, não fica o Brasil inibido de *cortar efeitos* da lei estrangeira aplicável, em virtude da invocação de ordem pública, porém não onde, com isso, ofenderia o interesse de Brasileiro *mais protegido* pela lei estrangeira. Foi a má e errada jurisprudência que inspirou ao legislador constituinte tão forte reação, tal revide, tal declaração formal, nítida, de que se estava interpretando contra Brasileiros a regra jurídica que só tinha o propósito de protegê-los. Por isso, depois de submeter à lei brasileira a sucessão dos bens sitos no Brasil, foi explícito em mandar que se observasse, onde a lei brasileira lhes fosse menos favorável, a competência do Estado do estatuto da sucessão.

Quanto à regra jurídica do art. 153, ~ 33,87 disse Clóvis Beviláqua (A Constituição e o Código Civil, *R. de D.*, 116, 6) que ela se desviou do rigor dos princípios, “não atendeu ao espírito universalista do direito internacional, aliás também afastado pela lei anterior. Cedeu à pressão do nacionalismo e, suspendendo a aplicação da lei, enquanto se verifica, de entre as duas possíveis, qual a mais favorável, porá em xeque o princípio da transmissão imediata dos direitos do *de cuius* para os seus herdeiros, em detrimento da firmeza das relações jurídicas”. De modo nenhum! A crítica é totalmente sem base. Nela há confusão entre *incidência* e *aplicação* da lei. Toda incidência é imediata, isto é, ao tempo preciso em que as relações fácticas têm de ser regidas por alguma lei; ao passo que a aplicação dificilmente se compreenderia no instante da

incidência; a aplicação é que é subjetiva: a incidência é objetiva. A lei brasileira, nos casos do art. 153, ~ 33, *incide*, se a lei estrangeira não é mais favorável; se a lei estrangeira é mais favorável, *incide* essa. Tudo se passa *objetivamente.* No momento em que tiver o juiz de sentenciar, verificará qual a lei que incidiu.

Não há nenhum momento em que a lei não tenha incidido. A incerteza é apenas *subjetiva,* como acontece a propósito de qualquer litígio em que se discute sobre a lei que deve ter regido a relação jurídica de que se trata, ou as relações jurídicas em exame.

86 Repetida no mc. XXXI do art. 50 da Const. 88, onde só se substituiu Brasil por país, errando-se na ortografia deste substantivo, indevidamente escrito com inicial maiúscula.

87 Veja-se a nota anterior.

Capítulo III

DA COMPETÊNCIA INTERNA')2)

1.Natureza das regras jurídicas do Capítulo III Os arts. 88, 89 e 90 tiveram por fito regular o que se passa em caso de concorrência de competência entre os Estados e até de simples conexão das causas. Não se trata de regra de direito das Gentes, mas simplesmente de Direito Internacional Processual Civil, do âmbito de cada Estado, como acontece com o Direito Internacional Privado. Aqui, nos arts. 91-124, não se pensou, sequer, em relações internacionais (interestatais). Um dos assuntos é o da competência interna em razão do valor e da matéria; outro, o da competência funcional; outro, o da competência territorial. Nada se aponta que possa criar problemas de direito internacional processual.

As regras jurídicas dos arts. 91-124 são regras jurídicas que atendem ao interesse público da Justiça do Brasil. Tem-se na Constituição de 1967, com a Emenda n0 7, art. 119 e §§ l~, 20 e 30 o que concerne à competência do Supremo Tribunal Federal; no art. 120, o que se refere ao Conselho Nacional da Magistratura; nos arts. 121 e 122, à competência do Tribunal Federal de Recursos; nos arts. 123-126, à dos Juizes Federais; nos arts. 141-143, à dos Tribunais e Juízos do Trabalho; no art. 144 e §§ lo~60, à dos Tríbunaís e Juizes Estaduais.88

2.Modificação da competência Os arts. 102-111 concernem à eficácia modificativa da conexão das ações ou da continência. Não se fez mais do que atender à que a conexidade ou a continência podem atuar. Em todo caso, há a acessoriedade a que se refere o art. 108, a reconvenção, a ação declaratória incidente, as ações de garantias e outras que tocam ao terceiro interveniente (art. 109). Quanto à ação declaratória incidente há os arts. 50, *325* e 470. Pense-se na denunciação da lide (arts. 70-76), e noutros institutos.

A modificação atende a que há prorrogação na prevenção. Quanto à prorrogação, advirta-se que há, na Seção V, o art.

114, em que se diz prorrogada a competência se o réu não opôs "exceção declinatória do foro e de juízo, no caso e prazo legais".

Na técnica legislativa, as regras jurídicas sobre modificação da competência atendem a que se hão de levar em consideração os interesses dos litigantes. Se o interesse das entidades estatais passa à frente, como se a competência não é em razão do valor e do território, e sim em razão da hierarquia, há interesse da entidade estatal revelado em lei.

A modificabilidade leva à redação de regras jurídicas como a do art. 111.

Seção 1

Da competência em razão do valor e da matéria

*Art. 91. Regem a competência em razão do valor* 3) *e da matéria') as normas* 5) *de organização judiciária* 2> *ressalvados os casos expressos neste Código* 6)

*Art. 92. Compete, porém, exclusivamente ao juiz de direito processar e julgar: 1 o processo de insolvência* 7);

*II as ações concernentes ao estado e àcapacidade da pessoa*

1. Valor e matéria da causa O Código de Processo Civil de 1973 inseriu regras jurídicas que atingem a organização jurídica, mas aludiu à competência para a discriminação conforme o valor das causas e a matéria que são o seu conteúdo. Quanto ao valor e à matéria, o Código de 1939, art. 140, referiu-se a "alçada". Nas leis falava-se em alçada.

Alçada tem, na língua, várias acepções: *a)* a comissão de juizes que o rei mandava às províncias para devassar, inquirir e fazer justiça, quanto a certo delitos (Ordenações Afonsinas, Livro 1, Título *25); b)* a jurisdição de algum juiz; *c)* o limite da jurisdição de algum juiz, para conhecer das causas e decidi-las sem recurso; *d)* instância acima de outro juiz, como aparece, por vezes, nas Ordenações Afonsinas, *e.g.*, "os juizes da alçada"; *e)* e subida em recurso, *verbis* "non haja appelaçom, nem alçada, salvo se alguus quiserem delles aggravar";j) jurisdição superior, quando se dizia que o rei tinha "alcaide e alçada" em terras de Mouros, à semelhança da acepção *d); g)* poder ou missão, *e.g.*,

"não é da nossa alçada"; *h)* o território da jurisdição ou competência; *i)* permissão, *e.g.*, "Tereis alçada até Lisboa", ascensão, subida, *e.g.*, "alçada da morte", "tomar a alçada a Deus". A estimação das causas para se saber se cabia na alçada, conforme na acepção; *c)* isto é, se eram permitidos recursos, constituiu em Portugal e no Brasil meio de chicana, de concluio de partes e avaliadores, para que os feitos se dessem por findos. Os poderosos eram useiros e vezeiros nisso. Porém não havia alçada para custas, porque a lei não taxava a alçada em custas, nem no cível, nem no crime.

2.Determinação da competência pelo valor da causa A lei de organização judiciária deixou-se fixar a determinação da competência pelo valor da causa ou discriminação das matérias. Quer dizer que se reputou de interesse federal ou local que fossem mais altos aqui do que ali, devido aos diferentes escalões de vida, móveis de valores, e a caracterização competencial pelas funções.

Não se tire do art. 140 do Código de 1939 nem do art. 91 do Código de 1973 que se permitiu às leis de organização judiciária determinar quais os juizes de que cabe recurso, ou até que valor cabem recursos para a instância superior.

A competência pelo valor da causa, como a jurisdição territorial, depende da lei de organização judiciária, dentro de cada unidade da República. Aquela é determinada pelo critério objetivo, à semelhança da competência pela natureza da causa ou competência por matéria, deixada à lei de organização judiciária, salvo regra especial do Código de Processo Civil. A competência territorial é determinada pelo critério espacial <*forum domicilii forum rei, forum rei sitae)* e regulada pelo Código de Proceso Civil. A do valor da causa pode ser abrangente de todos os outros dados determinantes ou só interior a um deles.

A desistência de parte do pedido, em execução, não influi no valor da causa, que continua de ser o inicialmente fixado (4~ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 26 de julho de 1945, *R. dos T.,* 162, 197).

3.Estimabilidade de todas as causas A lei de organização judiciária pode dizer qual o valor das causas; isto é: até quanto as causas cabem, ou não cabem, na competência do juiz. Não pode discriminar causas estimáveis e inestimáveis. Todas se estimam, ainda que o interesse seja puramente moral.

Os limites de jurisdição dos juizes, quanto aos valores das causas, através das história, tendem a subir, acompanhando os fatos econômico-financeiros de desvalorização ou despadronização da moeda. Desde 1696 até 1813, era de 300

réis, quanto aos bens móveis, e de *250* réis quanto aos imóveis, para a Relação do Porto, em Portugal; depois, de 900

e 700 réis, respectivamente. E foi subindo. O assunto é sem importância jurídica.

*4.* Ações relativas ao estado e à capacidade das pessoas As ações relativas ao estado e à capacidade das pessoas escapam à competência fixada pelo valor das causas que o Código de Processo Civil reputou matéria de organização judiciária, e não de legislação processual. Assim, já era, no velho direito luso-brasileiro, conforme o Alvará de 16 de janeiro de 1759, quanto à liberdade. Excluia-se também quanto aos direitos reais, exclusão que o Código de Processo Civil desconhece, como o anterior.

O art. 92, II, compreende todas as causas que digam respeito a *status:* liberdade, nacionalidade, família, capacidade civil. As ações de alimentos são ações de estado de famiia e escapam às leis de organização judiciária, que façam a discriminação das competências pelos valores. Não pode haver alçada fixada pelos Estados-membros para elas. As de separação judicial, de divórcio, de nulidade ou de anulação de casamento, investigação da paternidade ou maternidade, bem como as delas dependentes ou conexas, estão fora da legislação local sobre discriminação de competências pelo valor da causa. Uma das consequências do art. 92, II, é a de excluir tal legislação a respeito da concessão do benefício da gratuidade, se discutida a nacionalidade do solicitante, ou a sua apatridia, ou a existência da reciprocidade interestatal de tratamento.

Qualquer prejudicial sobre estado e capacidade exclui, *deiure,* a legislação local sobre a competência pelo autor. Não cabe, tampouco, a prorrogação (cf. art. 111 e § 10).

Em vez de se referir ao tftulo do juiz, preferiu o Código, e bem, mencionar as qualidades que há de ter o juiz.

A ação de alimentos pode conter discussão do estado da pessoa ou da capacidade. Então, necessariamente escapa aos juizes que não têm as qualidades do art. 92. Se sem a questão prévia do estado ou da capacidade não se pode dar ganho de causa ao alimentando, o art. 92 incide (sem razão, a ía Câmara do Tribunal de Alçada de São Paulo, 27 de maio de 1952, *R. dos T.*, 203, 438; e a ~a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 7 de março de 1952, 200, 392, sobre incidente de falsidade).

Divórcio é ação de estado.

*5.* Competência das legislaturas locais Questão de direito constitucional, e ao mesmo tempo de interpretação do Código de Processo Civil, é a de saber se as lesgiações estaduais, ou de alguma unidade que tenha competência para legislar sobre organização judiciária, podem fixar os valores para a competência e decidir sem recorribilidade, ressalvadas as ações de insolvência e as ações relativas ao estado e à capacidade das pessoas. A permissão da fixação do valor, para retirar os recursos, ou algum recurso, deixada às organizações judiciárias, teria grandes inconvenientes, e tais inconvenientes seriam enormes se do próprio texto do Código de Processo Civil não constassem regras jurídicas que, por si sós, limitassem a competência das unidades com direito a legislar sobre a sua organização judiciária.

Preliminarmente, é intangível pelos legisladores locais o recurso extraordinário. Apelação cabe, hoje, de qualquer sentença de primeira instância (cf. art. 162, § 10). Esperamos que os legisladores estaduais evitem entrar por esse caminho contrário aos princípios de igualdade e de liberdade, sem os quais não se fortalecem, nem se civilizam povos. Quanto aos agravos, nenhum dos casos do art. 522 está exposto à faina limitadora dos legisladores locais.

Menos ainda os caos em que a lei expressamente permite o agravo, fora do art. 522. Tudo isso mostra quanta prudência há de ter o legislador local em redigir

regras jurídicas sobre valores. Sempre que há recurso na lei processual, a lei de organização judiciária não pode cerceá-lo, ou dilatá-lo. Nem criá-lo, se o não há.

6.Discriminação, observados os arts. 91 e 92 Nas ações relativas ao estado e à capacidade das pessoas, pode o legislador local, discriminando, pelo valor, a competência dos juizes de direito, atribuir a uns certas causas sobre estado e capacidade e a outros outras causas. A lei não veda a existência de diferentes juizes para diferentes causas sobre o estado e capacidade.

7. Processo de insolvência A referência a processo de insolvência abrange as ações declaratória, condenatóna, constitutiva e executiva, quer concernentes à concordata, ao concurso civil ou comercial de credores, quer a qualquer outra medida, como a de liquidação.

Seção II

Da competência funcional

*Art. 93. Regem a competência dos tribunais') as normas da Constituição da República* 2> *e de organiza ção judiciária* 3)~ *A competência funcional dos juizes de primeiro grau é disciplinada neste Código* 4>~

1. Assuntos principais Temos de começar os comentários ao art.

93 mencionando os pontos do art. 119, 1, *c), d), g),* 2~ parte, 1), *n),* II, *a)* e III, da Constituição de 1967, com a Emenda n0 1, que mais interessam ao direito processual civil. O Supremo Tribunal Federal é competente para processar e julgar, originariamente, os litígios entre Estados estrangeiros ou organismos internacionais e a União, os Estados-vizinhos, o Distrito Federal e os Territórios (art. 119, 1, *c).89*

Já se entendia como está no texto de 1967 e como no de 1946, fruto das nossas críticas sucessivas às Constituições de 1934 e 1937. Dizíamos:

"O art. 101, 1, *d),* da Constituição de 1937 admite que o Estado estrangeiro venha chamar a juízo a União ou algum Estado-membro ou o Distrito Federal, devemos entender. i,Os Municípios não são chamados a juízo no Supremo Tribunal Federal, por Estado estrangeiro?~ Sob a Constituição de 1934, discutíamos esse delicado problema: i,A ação tem de ser proposta contra eles na

Justiça local do Estado-membro de que fazem parte? Não seria de crer-se, porque fora deixar que o Estado estrangeiro pleiteasse, no Brasil, sem vigilância federal. Qual a solução: j,permitir-se que a ação se proponha no foro local, ou considerar-se que o Estado- membro é que deve ser chamado a juízo em vez de Município? Ambas são defensáveis: os Municípios têm personalidade jurídica, e não lhes é impossível entrarem em contacto com Estados estrangeiros; se causam danos, a ação é contra a República brasileira. Tire-se, pois, quando o autor ou o réu é Estado estrangeiro, que os Municípios não podem, por si, comparecer ajuizo como sujeitos de relação jurídica processual em que o outro sujeito seja o Estado estrangeiro. Foi pena que os elaboradores do Capítulo IV da Constituição de 1934 (aliás, no conjunto, capitulo medíocre e malfeito) não tivessem visto a questão, que é de relevância. Seria extremamente desconcertante que os Municípios, que não podem contrair empréstimos externos sem prévia autorização do Senado Federal e empréstimos externos são empréstimos tomados a particulares no exterior, pudessem ser chamados a juizo local, indiferente a União às consequências, ela que não é indiferente à sorte, em 89 A competência do Supremo Tribunal Federal encontra-se determinada no art. 102 da Const. 88. Os litígios aludidos no texto são da competência do STF, conforme o art. 102, 1. *e*, da cana, onde, tal qual na anterior, não se fala em estados-vizinhos.

90 Na Constituição anterior, a competência cogitada no texto era dos juizes federais (art. 125. II) e continua sendo (Const. 88, art. 109, II).

iguais circunstâncias, dos próprios estrangeiros domiciliados no Brasil. O legislador constituinte de 1937 também não deu cuidado ao problema. A lei processual não pode escolher a decisão. A solução exige maior exame. Não há mais a Justiça federal comum de primeira instância. A questão tem aspectos novos: 6Os litígios entre Estados estrangeiros e Municípios são da cognição do Supremo Tribunal Federal, originariamente? Se não o são, ~nelas é interessada a União como assistente, co-autora, co-ré, ou opoente? Somente podemos entender que a espécie se subsume no art.

101, 1, *d);* portanto, que é originária a competência". A Constituição de 1946, atendendo à nossa crítica, deixou bem claro que o Distrito Federal e o Município, quando chamados a juízo por Estado-estrangeiro, ou quando chamam a juízo Estado estrangeiro, têm por competente, para o processo e ojulgamento, o Supremo Tribunal Federal. A mesma solução e apesar de ter recriado os juizes

federais passara à Constituição de 1967. Com a Emenda Constitucional n0

1, de 1969, atendeu-se ao que estranhávamos, por faltar a referência ajuizes federais e a Município. Quanto aos Territórios, tivemos de considerá-los implicitamente incluídos. Hoje, constam do art. 119, 1, *c).*

2. Causas e conflitos federais-estaduais e interestaduais Note-se, de inicio, que se não falou apenas de litígios, lides, como no art. 119, 1, *c),* da Constituição de 1967, com a Emenda n0 l,mas, em termos larguissimos , de *causas* e *conflitos.* Não é preciso que haja ação e a ela corresponda remédio jurídico processual (direito público processual), para que a União, ou qualquer dos Estados-membros, possa ir a juízo e pedir ao Supremo Tribunal Federal que resolva a lide, a questão, o litígio, a causa. Basta isso, ou que haja dúvida, controvérsia, mesmo teórica, ainda não caracterizada em violações de direito, sobre competência da União e dos Estados-membros, ou Territórios, ou dos Estados-membros ou Territórios entre si, para que possa aforar o feito. O artigo 119, 1, *d),* não é apenas *regra jurídica de competência* é, de si só, atribuição de direito público constitucional subjetivo às entidades politicas a que se refere.

Ao processo de tais "conflitos" deve ser aplicado o que se observa a respeito dos conflitos de jurisdição. São conflitos, talvez, de *competência legislativa;* talvez de *competência executiva,* talvez, de *competência judiciária.* Nos vulgares conflitos de jurisdição, dois juizes, no exercício dos seus cargos, se conflitam; aqui, quando se trate de conflito de competência judiciária, são duas ou mais entidades políticas (União e Estados-membros, ou dois ou mais Estados membros, ou Territórios), que se disputa, a competência judiciária, isto é, que, em tese, reputam competentes ou incompetentes as suas respectivas

Justiças. Particularidade interessante do direito constitucional brasileiro, que lhe permite certa incursão no terreno da competência para julgar *iii abstracto.* As "causas", no sentido do art. 119, 1, *d),* são as "ações" que se hão de mover por exercer alguma das entidades estatais brasileiras contra outra, ou outras entidades estatais brasileiras, pretensão à tutela jurídica, como se o Estado de São Paulo ou outro Estado-membro é credor da União e exerce a pretensão à tutela jurídica condenatória. Os conflitos podem ser de competência, ou de interpretação de lei ou de outra origem.

Não se pode dizer que, comparecendo perante o Supremo Tribunal Federal, não

exerça “ação” a entidade estatal brasileira, que chama a outra ajuizo. Em verdade, o art. 119, 1, *d),* cria a “ação” declarativa especifica para os casos de *conflitos,* a respeito dos quais não haja surgido ação (no sentido do direito material). O art. 119, 1, *d),* cria-a, e a esse ato de criação corresponde *pretensão à tutela jurídica,* que se exerce, resultando do exercício a formação de *relação jurídica processual.9’*

No direito constitucional brasileiro, não há regra segundo a qual a União e o Estados-membros não possam ser demandados sem o seu consentimento; tampouco, aquele outra, que exige reclamação prévia de ordem administrativa para que se inicie processo contra aquelas entidades. Se a lei ordinária o estabelece, há de ser em termos que não atinjam o direito, a pretensão, a ação ou exceção do interessado. Dentre os conflitos entre a União e Estados-membros, ou Territórios, ou de Estados-membros ou de Territórios entre si, alguns há que não são de ordem jurídica são, assim, exclusivamente políticos, e escapam, por isso mesmo, ao conhecimento da Justiça. Desde, porém, que qualquer deles invoque texto constitucional, ou interpretação dele, está composta a figura da “questão jurídica”. Isto é, basta que um deles diga que o outro não *pode* ter certo procedimento, ou porque não lhe caiba, ou porque a nenhum caiba, ou mesmo se apenas tem *dúvida* a respeito e deseja a solução pelo Supremo Tribunal Federal.

A União e os Estados-membros não incorrem em crimes, de modo que as causas de que se trata no art. 119, 1, *d),* não são as causas criminais. Tampouco incorrem em crimes os Municípios e as entidades autárquicas.

As *questões de limites* haja *causa* ou apenas *conflito* entre Estados-membros, Distrito Federal e Territórios (União) são levadas ao Supremo Tribunal Federal com fundamento no art. 119, 1, *d).*

91 Cons. 88, art. 102. I,f.

Há, ainda, questão que bem merece ser considerada em particular. O art. 119, 1, *d),* fala de “causas e conflitos entre a União e os Estados ou Territórios ou entre uns e outros”. Não se trata de conflitos de jurisdição entre juizes e tribunais, porque isso é assunto do art. 119, 1, *e).* Os conflitos, no art. 119, 1, *d),* são entre entidades estatais brasileiras. Todavia, só se aludiu à União e aos Estados-membros, ou Territórios, ou a Estados-membros ou Territórios, entre si. Se o conflito é entre Estado-membro e o Distrito Federal, ou entre a União e o

Distrito Federal i,como se há de resolver? Temos de entender que na expressão "Estados" estão compreendidos os Municípios, pois qualquer conflito entre a União e Município do Estado-membro A é, necessariamente, conflito que interessa ao Estado-membro A, litisconsorte necessário. Bem assim, se o conflito é entre o Estado-membro A e Município do Estado-membro B, porque, nesse conflito, é interessado o Estado-membro B, litisconsorte necessário. Passa-se o mesmo se o conflito é entre a União e o Distrito Federal, ou entre Estado-membro ou o Distrito Federal e Território.

3.Causas e conflitos com o Poder Executivo do Distrito Federal ou de Territórios92 <,A letra do art. 119, 1, *d)* só se refere à União e aos Estados-membros? E o Distrito Federal? Já na vigência da Constituição de 1891 discutiu-se isso.

A jurisprudência respondeu negativamente, mas Pedro Lessa sustentava a seguinte solução *(Do Poder Judiciário,* 70):

"Sendo o Distrito Federal equiparado pela Constituição ao Estado, ~,podem suscitar-se entre o governo da União e do Distrito Federal os conflitos a que se alude nestes arts. *59,* 1, *c)* e ? No conflito n0 199 entre o Poder Executivo da União e o Prefeito do Distrito Federal decidiu o Supremo Tribunal Federal que não. Parece-nos que uma distinção preliminar esclarece a questão: se os atos que contrariam os da administração federal são emanados do Prefeito (do Poder Executivo municipal), nenhum conflito é possível; porquanto o Prefeito é nomeado e demitido livremente pelo Presidente da República. Se, porém, o ato municipal, em oposição ao do governo da União, procede do Poder Legislativo do Município, do Conselho Municipal eleito pelos municípios, sem nenhuma dúvida pode suscitar-se o conflito". Sob a Constituição de 1934, a questão tinha de separar-se em duas, porque o então *atual* Distrito Federal era submetido a regime especial (Disposições transitórias, art. 40, parágrafo único). Tratamos, assim, em primeiro lugar, do então Distrito Federal *futuro,* cuja

92 Sobre a matéria versada neste item, vejam-se, na Const. 88,os arts. 102, 1,1 e 109, II.

situação constitucional era semelhante à do Distrito Federal da Constituição de 1891. Depois cogitamos do então chamado *atual* Distrito Federal *(Comentários,* Tomo 1, *635* s.).

Sob a Constituição de 1967, como sob a de 1946, a situação é semelhante à de 1891. O engano de Pedro Lessa era evidente quando, atendendo a que era o Prefeito de livre nomeação do Presidente da República, dai tirava argumento para excetuar, *a respeito de atos do Poder Executivo municipal,* a equiparação aos Estados-membros. O fato de ser nomeado o dirigente ou o Governador do Território não torna *menos respeitáveis* os direitos do Distrito Federal, ou do Território, que se não confundem com a situação transitória do seu Prefeito ou Governador; nem menos dignas de exame pelo Supremo Tribunal Federal as discussões sobre linhas discriminadoras da competência do Distrito Federal ou dos Territórios, e da União ou do Distrito Federal ou dos Estados-membros. Quer oriundo do dirigente, que era demissível, como é hoje,93 quer oriundo do Conselho, ou de outro corpo, o ato é do Distrito Federal. Sob a Constituição de 1937, seria bem fraco qualquer argumento antigo a favor de se incluir o Distrito Federal entre os Estados-membros a que se referia o Texto. Todas as razões, *que demos,* valeriam também para as causas e conflitos entre a União e os Municípios, ou entre esses. Mas havia argumento novo; suponhamos que se trate de causa ou conflito entre um Estado-membro e o Distrito Federal; perante a Justiça daquele, estaria o Distrito Federal. E esse argumento era assaz forte. Certo, não podíamos seguir a Pedro Lessa, nos fundamentos; nem adotar a solução do antigo Supremo Tribunal Federal; o Distrito Federal achava-se incluído nos Estados-membros a que se reportava o art. 101, 1, *c),* da Constituição de 1937 e a que reporta o texto de hoje.

A propósito do art. 119, 1, *c),* da Constituição de 1967, há explicitude; falta-a no art. 119, 1, *d),* o que nos exige a interpretação segura.

Em todo caso, o problema é suscetível de discussão em termos mais precisos: *(a)* Ou o Distrito Federal não tem a categoria de Estado-membro, sendo os seus interesses federais, no sentido de gerais (= da União), e então o conceito de Distrito Federal se subsume no conceito de União. Assim, teremos: causas e conflitos entre União e Estados-membros. Realmente, a União, em contraposição aos Estados-membros, tem interesse em que se não usurpem direitos e competência do Distrito Federal, que é a sua sede. *(b)* Ou o Distrito Federal tem a categoria de Estado-membro, e então se

93

*Aliter,* Const. 88, art. 32, § 20: o governador do DF- eleito e não demissível.

subsume no conceito de Estados-membros o de Distrito Federal. Todo argumento que apague a significação do Distrito Federal como uma das entidades em que se divide o território nacional necessariamente abstrai do dado concreto (divisão territorial) e dá preponderância ao dado abstrato (União, Estados-membros). O Distrito Federal passa a ser *parte* dos interesses *gerais, ditos federais.*

Os que dirigiam a discussão não tenderam a que há duas regras jurídicas no art. 119, 1, *d),* como havia no art. 59, 1, *c),* da Constituição de 1891 e no art. 76, 1, *d),* da Constituição de 1934: *a)* cabe ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar as causas e conflitos entre a União e os Estados-membros ou Territórios; *b)* cabe ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar as causas e conflitos entre os Estados-membros ou Territórios. Se o Distrito Federal não entra no conceito de Estados-membros não são processados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal, *então* é porque não se equipara a Estado-membro e há interesse federal. *Logo,* não incindindo a regra jurídica *b),* incide a regra jurídica *a).*

Se o Distrito Federal é entidade equiparada a Estado-membro, valem as duas regras jurídicas *a)* e *b).* Não é indiferente resolver-se a questão, porque ou só se tem *a)* ou se têm *a)* e *b).* Se só se tem *a),* o Supremo Tribunal Federal processa e julga, originariamente, as causas e conflitos entre o Distrito Federal e os Estados-membros, ou os Territórios e não entre o Distrito Federal e a União. Se se têm *a)* e *b),* o Supremo Tribunal Federal também processa e julga, originariamente, as causas e conflitos entre o Distrito Federal e os Estados-membros. A solução "nem *a)* nem *b),* se em causa o Distrito Federal", é profundamente contraditória. Resta dizermos qual a solução verdadeira: se a que diz

*"a)* e não *b)"*, ou a que diz *"a)* e

Não temos dúvida em dizer que é verdadeira a solução *"a)* e *b)"*, porque, entre a União e o Distrito Federal, há interesses que são separados, e não se compreenderia que os não vigiasse o Supremo Tribunal Federal. Certo, a Justiça é federal (do Distrito Federal) e haveria o recurso para o Tribunal Federal de Recursos, por interessada a União; mas os arts. 119, 1, *d),* 119, II, *a)* e *125,* 1, não são coincidentes, o que desfaz o valor do argumento. O Distrito Federal é ao mesmo tempo *federal* e *local*, de modo que se justifica a atribuição ao Supremo

Tribunal Federal da competência para processar e julgar nos casos de *a)* e nos casos de *b).*

Quanto aos Territórios, qualquer causa ou conflito entre um deles e algum dos Estados-membros entra na espécie *a).*

E há competência originária do Supremo Tribunal Federal, se entre um deles e a União. Observar-se-á o que se estatui no art. 119, 1, *d),* que é competência de cognição não originária.

Quanto aos Municípios, se pertencem a Estado-membro, a questão entre a União e eles é da competência originária do Supremo Tribunal Federal, por força do art. 119, 1, *d);* bem assim se o Município pertence a Território e a causa ou conflito é com a União, ou com Estado-membro, ou com o Distrito Federal. Se a causa ou conflito é entre Estado-membro e Município de outro Estado-membro, a competência do Supremo Tribunal Federal baseia-se no art. 119, 1, *d).* Se pertence ao mesmo Estado-membro, nenhuma competência originária tem o Supremo Tribunal Federal. *Aliter,* se a causa ou conflito é com a União e o Município pertence a Território.

A Emenda Constitucional n0 1, de 1969, atendeu a que se volvera à função de juizes federais e o art. *125,* II, deu solução certa. Aos juizes federais compete processar e julgar em primeira instância as causas entre Estado estrangeiro ou organismo interestatal ou supra-estatal e Municípios. Aliás, o mesmo ocorre se a causa é do Estado estrangeiro ou organismo interestatal ou supra-estatal e pessoa domiciliada ou residente no Brasil.

A Emenda Constitucional n0 1, de 1969, acrescentou ao texto de 1967:

“inclusive os respectivos órgãos de administração indireta”.

*4.* Juizes do primeiro grau No art. 93, 2~ parte, diz-se que a competência funcional dos juizes de primeiro grau é disciplinada no Código. Advirta-se, porém, que o art. 91 atribuiu a competência, em razão do valor e da matéria, às normas de organização judiciária. Sobre o assunto, notas 1) e 3).

Seção III

Da competência territorial

*Art. 94. A ação fundada em direito pessoal e a ação fundada em direito real sobre bens móveis* 7) *serão propostas, em regra, no foro do domicílio do réu1).*

*~ JO Tendo mais de um domicílio, o réu será demandado no foro de qualquer deles* 2>

*~ 20 Sendo incerto ou desconhecido o domicílio do réu, ele será demandado onde for encontrado ou no foro do domicílio do autor3).*

*30 Quando o réu não tiver domicílio nem residência no Brasil, a ação será proposta no foro do domicílio do autor4).*

*Se este também residirfora do Brasil, a ação será proposta em qualquer foro5).*

SS 40 *Havendo dois ou mais réus, com diferentes domicílios, serão demandados no foro de qualquer deles, à escolha do autor6).*

1. Domicílio e residência A prioridade do foro do domicilio do réu tem seu fundamento ético, jurídico e tradicional.

*A uctor sequiturforum rei.*

Mas, na técnica do legislador de 1973,0 art. 94, em vez de lançar o princípio e abrir, depois, as exceções, entendeu primeiro marcar os limites: *só* incide o art. 95, 2~ parte, “foro do domicílio do réu”, se a ação é fundada em direito pessoal, ou “em direito real sobre bens moveís

A prioridade do domicilio como elemento determinante da competência deriva da natureza mesma da jurisdição interna. O juiz, histórica e conceptualmente, exerce a sua função a respeito de pessoas fixadas no território jurisdicional, enlaçadas pelas relações da vida e dos interesses a outras pessoas aí domiciliadas e a pessoas de outras jurisdições com que tratou. Basta pensar-se em quanto seria difícil atribuir-se ao foro do autor, sendo muitas as pessoas que poderiam, em diferentes circunscrições, propor ações contra o mesmo réu, para se compreender o acerto de ser o domicilio do réu, e não o do autor, que determine a competência. Assim, ficam centralizadas no foro do réu todas as demandas contra ele. Aí, por ser o do seu domicílio, mais fácil é encontrá-lo. Aí estão os bens, que possui, os informes sobre a sua vida de negócios, porque, segundo a

definição de direito material, o domicilio civil é o lugar onde ele estabelece a sua residência com ânimo definitivo. Além disso, a lei que rege as obrigações é a *lex debito ris,* e não a *lex credito ris,* com o que se preestabelece que é a lei do devedor portanto do réu que se há de ter em mira, inclusive quanto ao foro. Se ocorre que a pessoa não revela em declaração ou tacitamente qual o seu domicilio, e tem diversas residências, onde alternadamente viva, ou vários centros de ocupações habituais, considerar-se-á domicilio seu qualquer desses ou daqueles. Se a pessoa não tem domicílio, o foro é o da residência, porquer onde ela reside está o lugar em que pode ser encontrada; e, se não tem residência, onde for encontrada. Tal aferro têm os juristas, de todos os países, a esses princípios, que se põe nos livros que, não tendo a pessoa domicílio, nem residência no pais, nenhumajurisdição geral tem esse (Hans Sperl, *Lehrbuch,* 1, 113). Em todo caso, não havendo em Código regra jurídica sobre o foro do delito, alguma regra como a do art. 94, § 30, seria de mister.

2. Pluralidade de domicílios O art. 94, 10, cogitou da pluralidade de domicilios, para que ficasse à escolha do autor propor a ação em qualquer deles. Ao ter que contestar, o demandado pode arguir94 que não ocorre tal pluralidade e que o foro em que se propôs a ação não corresponde ao seu domicilio, mas apenas à morada ou à residência, ou não tem qualquer ligação com a pessoa, que, por exemplo, somente foi ao lugar para negócio, ou fim de semana, ou permanência que de modo nenhum perfaça os presupostos para ser domicilio.

3.Domicílio incerto ou desconhecido e encontro Se incerto ou desconhecido o domicilio do réu, propõe-se a ação onde for encontrado, ou no foro do domicilio do autor. A escolha cabe ao autor se há incerteza, ou se se ignora onde se acha tal pessoa demandada. A incerteza ocorre quanto ao domicilio, se só se conhece a morada, ou não se pode saber onde reside, ou há residência, sem domiciliação, e raramente se encontra a pessoa. O domicílio desconhecido é aquele de que nenhuma notícia se tem, mesmo se existe, e regularmente não se poderia indagar onde se fixou. O autor escolhe:

ou o lugar em que a pessoa se encontra, ou em que vai ser encontrada, para a citação *(e.g.,* o hotel em que se hospedou por algumas horas ou dias, a rua onde foi vista, o restaurante onde está jantando ou almoçando, ou apenas sentada ou em pé, o avião em que vai entrar, ou em que está, ou de que está saindo, ou de que saiu), ou o foro do domicílio do autor, se é no Brasil.

4.Domicílio do autor como foro subsidiário Tem-se de prestar a máxima atenção à regra jurídica do art. 94, § 20, 2a parte, para que a sua interpretação não redunde em clamorosa invasão das linhas de distribuição supra-estatal das competências jurisdicionais. Batemo-nos sempre, sem exceção, pelo respeito das regras de direito das gentes, e seríamos o último a aderir à tese destrutiva e anárquica que serve aos povos esmagadores e aos que se crêem tais, e deserve aos povos fracos. Povos fracos, como individuos, têm interesse em defender essas linhas para que se possam opor a violação delas pelos fortes. Na ordem individual como na dos Estados, é melhor ser forte sem parecer do que parecê-lo sem no ser. O enunciado tético "cada Estado tem toda a jurisdição que entende", só seria possível, nos planos ético, político, jurídico, econômico, e no plano material da força, se *94*

Por meio de exceção (art. 112), porque a incompetência decorrente da não observância do critéro temtoriaí é relativa.

*95*

só um Estado dominasse o mundo, ou se renunciássemos a qualquer convívio de paz entre os Estados. As idéias de alguns juristas nesse sentido, de dezenas de anos para cá acabaram mal, e muito mal. Em todo caso, insistem, o que vai produzir ainda mais graves consequências.

O § 20 *supõe* a competência jurisdicional do Brasil. O foro do domicílio, ou da residência, do autor, é competente inteiramente, quando se reúnam os seguintes pressupostos: *a)* seja a Justiça brasileira a competente em direito das gentes; *b)* o réu não tenha domicilio nem residência no Brasil (porque, se tivesse, o seu caso caberia na regra jurídica geral da competência, arts. 94, e 88, 1); *c)* não haja qualquer regra do Código, constante dos arts. 86-111, que enchem os Capítulos 1,11 e III, do Título IV, determinando a competência (porque, se existisse, estaria resolvida a questão).

(A 8~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a 9 de outubro de 1951, *D. da J.* de 14 de abril de 1952, pôs bem claro: "Como bem adverte Pontes de Miranda, 1, 475, o disposto no § 1~ do art. 134 (do Código de 1939) pressupõe a jurisdição brasileira, isto é, só se aplica quando a causa é da jurisdição nacional. Logo, se, *in casu*, o réu não é domiciliado no Brasil, nem se trata de obrigação que aqui se tenha de cumprir (digamos hoje: nem de fato ou

de ato praticado no Brasil), nem a causa versa sober imóveis situados no Brasil, a Justiça brasileira não é competente").

5. Falta de domicílio ou residência no Brasil Não importa, para a aplicação do art. 94, § 30, que o réu não seja domiciliado no estrangeiro, mas é preciso que o réu possa ser citado no Brasil ou o Brasil tenha, por outro motivo, *competência.* O § 30 não faz o Brasil competente para todas as questões em que as partes não tenham domicílio no Brasil. A ligação ao foro do domicilio ou da residência do autor, como *lugar* da execução do contrato, basta (3~

Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 5 de fevereiro de 1941, *R. dos T* 130, 92), ou como *lugar* em que o réu se encontra (3~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 7 de fevereiro de 1941, *R.F.*, 87, 134), ou quanto a navio surto em porto do Brasil (2~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação de Pernambuco, 28 de fevereiro de 1941, *R.F.*, 86, 652).

Só o Brasil é competente para conhecer da ação tendente a expungir do registro propriedade industrial registrada no Brasil. É ação de direito público brasileiro.

A ia Turma do Supremo Tribunal Federal, a 22 de setembro de 1941 *(R.F.*, 89, 440), decidiu caso de medida de segurança quanto a navio surto em porto brasileiro. Discutiu-se muita matéria estranha ao assunto, sem se fitarem os olhos no art. 134, § 10, do Código de 1939, hoje, art. 94 § 30 do Código de 1973, como fora preciso. É sempre fácil falar-se de outros assuntos quando o assunto em foco é difícil. O que importa, de futuro, ao Tribunal, é dizer *qual* a competência do Brasil, que a regra jurídica de outrora e de hoje *supõe.*

6.Pluralidade subjetiva e competência O problema de técnica legislativa relativo à pluralidade, em se tratando de competência jurisdicional, supõe que essa pluralidade *ligue (a)* os futuros autores, ou os objetos *(b),* ou *parta* o mesmo objeto *(c).* O caso *(c)* foi resolvido nos arts. 89, II, e 96 e parágrafo único, sobre a herança, no art. 107, que se refere ao imóvel situado sobre fronteiras de duas ou mais unidades políticas (Estados-membros, Distrito Federal, Territórios) ou simplesmente judiciárias (comarcas) do país. No caso de pluralidade de autores, ou o réu é um só, e *tollitur quaestio;* ou são muitos, e o problema é o do caso *(a).* O caso *(a)* é assunto do art. 94 § 40

Se há pluralidade de réus e diferentes domicílios, pode o autor demanda-los nos

seus respectivos domicílios; ou em qualquer deles. Aqui, o Código de 1939 não usou da simples expressão “conexão”, falou de conexão quanto ao objeto da demanda, ou quanto ao titulo ou fato que lhe sirva de fundamento. Excluiu, pois, qualquer outra conexidade. No direito anterior, falava-se, vagamente, de “simultaneamente obrigado”. A duplicidade de acepação da palavra

“conexão”, no Código de 1939, merecia reparo. ~,Pretendeu ele que a conexão quanto ao objeto, título ou fato, seja litisconsórcio necessário? Assim, Pedro Batista Martins *(Comentários,* 1, 45). Mas, já conexão, no art. 88 do Código de 1939, era litisconsórcio voluntário próprio! Depois de falar na comunhão de interesses, foi que o art. 88 se referiu à conexão, em geral e o art. 139 se referiu ao litisconsórcio necessário. i,Como a conexão, menos geral no art. 134, §

20, seria a comunhão de interesses, e não seria a “conexão” em sentido exato? Não; o Código não exigia, para a demanda no foro de qualquer dos réus, que houvesse litisconsórcio necessário; satisfez-se com a conexão que definiu.

No caso de litisconsórcio necessário *(e.g.,* art. 139), a solução da escolha de qualquer um dos domicílios se impunha pela comunhão de interesses e, verdade seja dita, o Código de 1939 o omitiu, exceto para os casos previstos no art.

139. Dai termos escrito: “Não há remediar o mal com mal maior, qual seria o de se atribuir ao Código mudar de conceitos em assunto tão grave, a ponto de chamar conexão ao que ele mesmo não considerou conexão. Não há litisconsórcio necessário entre os vários obrigados da letra de câmbio (e sim litisconsórcio voluntário próprio) e, no entanto, podem ser demandados no foro de qualquer deles. Ai, o que há e conexão Passemos ao direito atual. A solução que o legislador de 1973 assentou foi certa, não só por evitar discussões e confusões, como porque o autor sabia porque eram duas ou mais as pessoas que tinham de~ ser demandadas e qual o motivo para a pluralidade. Cada um dos réus tem o seu domicilio e pode ser um só de todos. Se um ou alguns têm domicílio diferente, simplificou-se a solução com o deixar a escolha ao autor. Mesmo se são dois ou mais os que têm domicílio na comarca *a* e um só na comarca *b,* se afasta com isso a incidência do art. 94 § 40

*a)* Se o autor deixou de ter ação contra algum obrigado ou se a ação proposta, apesar da existência da relação de direito material, não foi também contra esse obrigado, então não se dá a pluralidade de réus e de domicílios em que esse

obrigado tenha de ser incluido, e seria sem razão de ser propor-se a ação no foro dessa pessoa.

*b)* O Código, no art. 94 § 40 abstraiu de toda consideração de maior número ou maioria. Se dois réus têm domicílio na cidade de São Paulo, três em Minas Gerais, em Juiz de Fora, por exemplo, e um no Distrito Federal, ao autor é dado escolher entre São Paulo, Juiz de Fora e o Distrito Federal *(aliter,* o antigo Código de Processo Civil e Comercial de São Paulo, art. l'~, parágrafo único, que o obrigava a demandar no foro do domicílio do maior número).

7. Direito pessoal e direito real sobre bens móveis Não se há de dizer que direito pessoal é aquele que decorre entre duas ou mais pessoas, criando obrigações entre elas. Tal definição não afastaria o direito real, que é direito entre uma ou mais pessoas e o *alter,* todos têm de respeitar o que se gerou conforme a lei. Querer-se conceber o direito real como só tendo na relação jurídica o titular, isto é, sem o sujeito passivo, seria admitir-se que a relação jurídica entre A, dono do imóvel, ou do móvel, fosse entre ele e ele mesmo, entre A e A. Estar-se-ia no plano de absurdo individualismo. Todo direito, toda pretensão e toda ação resultam de relação jurídica. O próprio direito de personalidade é direito frente a todos. Quem é menor é incapaz e a relação jurídica é entre a pessoa e a sociedade.

Portanto, não só os direitos reais são oriundos de relação jurídica entre o Ego e o Socius.

*Art. 95. Nas ações fundadas em direito real sobre imóveis* 2) *é competente o foro da situação da coisa* ) 3) 4)~ *Pode o autor, entretanto, optar pelo foro do domicílio ou de eleição, não recaindo o litígio sobre direito de propriedade, vizinhança,servidão, posse, divisão e demarcação de terras e nunciação de obra nova5).*

1. Ações relativas a direitos reais sobre imóveis *Forum rei sitae,* aí, foi reduzido de 1939, ao bem *imóvel.* O foro, para os atos concernentes ao registro Torrens (Decreto n0 *955-A,* de *5* de novembro de 1890, que regulamentou o Decreto n0 451-B, de 31 de maio de 1890), é o da situação do imóvel (Decreto n0 955-A, art. 80; Código de Processo Civil de 1939, art. 136) ou o do art. 137 do Código de Processo Civil de 1939, foi o mesmo. O art. 80 do Decreto n0

955-A estaria em vigor, por ser regra legal de organização judicial

e o fato de haver o Código do Processo Civil de 1939 invadido *(e.g.,* art. 10) o direito das organizações judiciárias não autorizava a invocar-se em tal matéria a regra do art. 1", restrita ao "processo civil" e dependia de saber-se qual a *ratio legis;* e essa, evidentemente, foi a da *uniformidarje da competência em todo o território nacional,* à semelhança do que ocorreu com o enunciado do art. 135, § 20, ja parte, do Código de Processo Civil de 1939, cujos arts. 457-464

foram ab-rogados, mas a Lei n0 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (sobre os Registros Públicos e outras providências), dedicou os arts. 277-288 ao Registro Torrens, o que afastou o art. 1.218, IV, do Código de 1939. O que importa é atender-se ao que se estatui sobre ações de direitos reais sobre imóveis e à lei de organização judiciária.

2. Derrogação ao princípio do foro *rei sitae* O art. 96 é derrogação ao princípio do art. *95,* que estabelece *oforum rei sitae,* em caso de bens imóveis, derrogação porque a inclusão da referência a "situação dos bens" deixados pelo decujo faz o foro dos bens só subsidiário (art. 96, parágrafo único, 1). Aliás, maior derrogação no parágrafo único, II.

O conceito de bens no art. 96, parágrafo único, *1,* éo de direito material como que a ele se refere, quando se faz propriedade independente a de parte do solo, como se passa com as minas e mais riquezas do subsolo (Decreto-lei n0

1.985, de 29 de janeiro de 1940, Código de Minas, art. 40) inclusive as quedas de água e outras fontes de energia hidráulica (Decreto n0 24.643, de 10 de julho de 1934, Código de Águas, art. *145).* Em razão disso se há animais a trabalhar em jazidas, pertencentes ao explorador delas (esqueceu de dizê-lo o acórdão da 2~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, a 9 de junho de 1941, *R.F.,* 88, 164), a competência é regida, quer se trate de ações de direito real quer de posse, pelos arts. 95 e 107.

Também se incluem no art. 95os direitos reais sobre imóveis, inclusive pretensões ligadas ao penhor agrícola.

3. Competência perante o Direito das Gentes Também ai se supõe que o Brasil seja competente *in casu,* no plano do direito das gentes, quer dizer: que exista

algum dado determinador da competência da Justiça brasileira. Exemplos: no concurso de credores95 do réu domiciliado no Brasil, ter-se- á de incluir o imóvel sito no estrangeiro; se o país estrangeiro onde é situado o imóvel não liga ao foro *rei sitae* a constituição de renda sobre imóveis; se o réu vendeu o imóvel, estando no Brasil, e o comprador pede a entrega ao réu domiciliado no Brasil. Segundo o seu propósito inexcetuado, o Código absteve-se de edictar regras multilaterais, evitou a atitude de legislador supra-estatal, o que afeia tantas leis estrangeiras e a que se não forrara o Código Civil de 1916, na Introdução, nem tampouco, a medíocre Lei de Introdução que a derrogou.

4.Ações de perdas e danos, e outras sobre imóveis A ação de perdas e danos pelo inadimplemento de contrato de compra e venda de imóvel, ou de pré-contrato, não entra na classe das ações relativas a direitos reais sobre imóveis.

Cf. a 2a Turma do Supremo Tribunal Federal, a 13 de janeiro de 1950 *(R.F.,* 143, 185; *O.D.,* 70, 236). Todavia, se foi proposta a ação adjudicatória, fundada no art. 16 do Decreto-lei n0 58, de 10 de dezembro de 1937, ou no art. 22, do mesmo Decreto-lei (Lei n0 649, de 11 de março de 1949, art. 20), conforme o art. 346, ainda em vigor, do Código de 1939, hoje art. 95 do Código de Processo Civil, o foro é o da situação, pelo “salto” que se permitiu.

Tem-se caído em demasiada simplificação quando se consideram as ações de que trata o art. 95. Porque a ação de despejo pode ser por inadimplemento de obrigação de aluguéis, têm-se excluído as ações de despejo, posto que se incluam as ações possessórias. Na jurisprudência anterior a falta de conhecimento da natureza da ação levou a contradições:

*a)* pela incidência da regra jurídica, *e.g.,* ia Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 7 de março de 1950, *R.*

*dos T.* 186, 222; 3~ Câmara Civil, 22dejunhode 1959, 187, 836; 2aCâmaraCivil, l4denovembrode 1950, 190, 358, e *R.*

*F.* 140, 283); *b)* pela negativa *(e. g.,* ~a Câmara Civil, 17 de dezembro de 1948, 179, 285). A ação de despejo é ação de quem tem a posse mediata, própria ou não, contra o que perdeu o direito à posse imediata. É ação sobre posse de imóvel (certa, a ja Câmara do Tribunal de

95 Alude o comentarista à execução por quantia certa contra devedor insolvente (art. 748 e ss.), mas pelo nome que lhe dava o Código de 1939 (art. 1.017 e ss.).

Alçada de São Paulo, a 30 de janeiro de 1952, 199, 529). Posse, não é direito de posse, é direito real.

As ações possessórias quanto a imóveis entram na classe das ações a que se refere o art. 95 *(e. g.,* ia Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 27 de novembro de 1951, *R. dos T.* 198, 107, e 9 de setembro de 1952, 206, 352), inclusive, pela conexão, a ação de indenização por benefeitorias que à ação possessória, ou à de reivindicação se prenda.

Afirmaram que a posse gera o direito real (Carl Crome, *System*, III, 12s.), L. Enneccerus *(Lehrbuch,* 1, 177), Konrad Hellwig *(Lehrbuch*, 1, 206 s.) e Martin Wolff *(Lehrbuch,* III, 27~, 32~ ed., 10 s.). Temos adiante *(Tratado de Direito Privado, X, §* 1.067, 2): a situação possessória, já no mundo fáctico, é real; assim, ao entrar no mundo jurídico, é real o direito de posse e reais são as pretensões, as ações, exceto as pretensões e ações oriundas de alguma ofensa que não caiba em concepção de ofensa à posse mesma.

A ação de retificação de registro do imóvel, ou de decretação de nulidade do registro, ou a ação para decretação de invalidade ou resolução do contrato de compra e venda e acordo de transmissão, se já se operou a transmissão, ou, pelos menos, houve a entrega da posse, são ligadas ao foro da situação, não, porém, a simples ação de decretação de invalidade do contrato consensual de compra e venda (sem razão, por não ter distinguido as espécies, a ~*a* Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 15 de junho de 1951, *R. dos T.* 139, 917).

A ação demolitória, com estrutura processual cominatória (2~ Câmara do Tribunal de Alçada de São Paulo, 31 de outubro de 1951, *R. dos T.* 195, *425),* ou não, é incluída nas ações referidas no art. 95.

A competência de que trata o art. 95 é prevenível (já a ~*a* Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 10 de fevereiro de 1952, 200, 154), o que facilita a solução em se cogitando de imóvel de situação duvidosa (cf. art. 107).

Sempre que se trata de ação concernente ao *direito à posse,* mediata ou imediata, do bem imóvel, a ação pode ser proposta no foro do imóvel, posto que não seja possessória a ação. Assim, no foro da situação do imóvel, são de propor-se a ação de prorrogação da locação e a ação de renovação de locação para fim comercial ou industrial.

*5.* Ações fundadas em direitos reais sobre imóveis e competência Ações relativas a direitos reais sobre imóveis, diz o art. 95. Não é o mesmo que ações que versaram sobre bens imóveis, ou sobre direitos reais sobre imóveis alheios (art.

10). No art. 10~~ só se cogita dos direitos reais, ilimitados ou limitados. Não, por exemplo, da locação do prédio. No art. *95,* sim; a regra jurídica de competência concerne às ações reais, às ações de despejo e à ação do promitente comprador contra o promitente vendedor, se não é apenas pessoal, e outras. A competência é, aí, determinada pelo *situs,* como se dá com o arresto, a penhoras o sequestro, a busca e apreensão e as outras ações de medida cautelar, que se refiram a objeto localizado.

*Art. 96. O foro* 3) *do domicílio do autor da herança, no Brasil, é competente* 2) *para o inventário, a partilha~ a arrecadação, o cumprimento de disposições de última vontade e todas as ações em que o espólio ~> for réu, ainda que o óbito tenha ocorrido no estrangeiro 4>~*

*Pará grafo único. E, porém, competente o foro:*

*1da situação dos bens, se oautorda herança não possuía domicílio certo* 5);
*11do lugar em que ocorreu o óbito, se o autor da herança não tinha domicílio certo e possuía bens em lugares diferentes.ã).*

1.Inventário, partilha e ações relativas à herança A regra de direito das gentes é

que o país da situação dos bens pode ligar a sítuaçao todos os atos jurídicos relativos a esses bens *(lex rei sitae)* e subordinar todas as demandas e os feitos voluntários à sua jurisdição *~forum rei sitae).* Se o Estado da situação não o faz, o Estado do domicílio dita a regra jurídica. Quando as Ordenações Filipinas, Livro III, Título li, § 2, estatuía que o herdeiro citado seguiria "o foro daquele cujo herdeiro é", significava que o territorialismo sucessoral passara; mas ainda se ressalvam interesses feudais, ao se acrescentar: "sem embargo do privilégio que tenha: salvo se o privilégio for incorporado em direito".

Os séculos últimos marcaram, com a economia liberal, a curva ascendente do prestígio da noção de domicílio na ordem interestatal e interna, principalmente porque permitia a expansão capitalista. Iniciada a era das planificações~

somente poderão continuar com

96A Lei 008.952, de 13.12.94, alterou aredaçàOdo art. lO, *copute* do seu me. 1 (vd. aresPeCtsVft nota de atualização, a partir da 4 ed. do tomo 1 destes *ComentárioS).*

a ligação domicilial os países coloniais ou semicoloniais, criando nos países dominantes a tendência à territorialidade para si e a imposição do foro domicilial aos outros países. O princípio da unidade do foro da herança foi útil à política da economia individualista. No momento da reação fascista à transformação econômica, tentou-se voltar à nacionalidade do foro, junta à da domicialidade, lugar da "abertura da sucessão" normal (Projeto definitivo italiano, art. 93, inciso 3). No Código de Processo Civil brasileiro de 1939 continuou-se com o velho principio domicilial. Na mesma linha o Código de 1973, art. 96. O domicilio que fora, no Brasil, o do decujo, é que determina a competência territorial para a ação de inventário e partilha para a arrecadação e cumprimento de cláusulas testamentárias ou de atos em vida ligados à herança, e para quaisquer ações em que seja demandado o espólio. Note-se bem: "em que o espólio for réu"; portanto, afastada qualquer regra jurídica processual de competência que atribuiria, na espécie, outra competência. O texto de 1973 fez explícito que, se o domicílio era no Brasil, não importa que haja falecido no exterior, ou acrescentando se outro domicílio era no estrangeiro.

(1)Se há mais de um domicilio último, j~como se resolver? Ou *a)* se havia de escolher, *de lege ferenda,* o último adquirido, que se presumiria vindo depois,

excludente dos outros; ou *b)* o do domicilio em que estivessem situados os bens, ou a maior parte deles, pelo valor; ou *c)* qualquer dos domicílios últimos.

(2) No caso de não ter tido o decujo domicilio certo, ao falecer, tem-se de responder: ou *a)* basta a residência para determinar a competência; ou *b)* há de ser, em vez da residência, a situação dos bens (notadamente, a dois imóveis); ou *c)* há de ser o lugar do falecimento. A solução *c)* é que está no art. 96, parágrafo único, II.

Ao primeiro problema de técnica legislativa, o legislador de 1939 nada respondera. De modo que ou se resolvia pela possibilidade de qualquer dos foros domiciliais, com os efeitos de prevenção, segundo a jurisprudência então firmada no direito anterior, ou pela ligação ao objeto da sucessão, conforme o critério adotado a respeito, ou, ainda, pela preferência pelo lugar do falecimento, critério a que se confere aplicação suplementar ao da ligação ao objeto (bem imóvel) da sucessão. A primeira solução, a da possibilidade de abertura em qualquer domicilio, era, *a priori*, a melhor, e consentânea com o Código, que previu a espécie "incerta" de domicilio *(verbis* "na falta de domicílio certo"), e não a de pluralidade de domicílios. Naturalmente, essa pluralidade é a de domicílios ao tempo da morte do *de cuius.* Como atenuação a esse princípio, encontram-se na jurisprudência do direito anterior *(e. g., R. de D.,* 20, 530; 56. 376; 68, 371; 73, 507; 85, 535) acórdãos que excluem a liberdade de escolha pelo herdeiro e, pois, preexcluem a prevenção quando a sucessão do cônjuge premorto foi aberta no outro juízo. Formulada com essa generalidade, a regra jurídica não estava certa. O inventário e a partilha do cônjuge premorto somente excetuam, por prevenção, o principio da escolha de qualquer dos domicílios do decujo se: *a)* o inventário do cônjuge premorto correu num dos domicílios do cônjuge supérstite; *b)* o cônjuge premorto e o outro eram meeiros e o decujo era viúva do cônjuge cujo inventário foi aforado num dos domicílios e da partilha de bens recebe bens. É preciso a ocorrência de um desses pressupostos. Sobre o problema (2), a nota 4).

Os arts. 94-101 são sobre competência territorial, interna. O art. 96, sobre competência para a ação de inventário e partilha, e os arts. 982-1.045 sobre o inventário e a partilha. Nada se determina quanto à regras de direito material. O

direito de sucessão, brasileiro ou estrangeiro, é que serve de base para se decidir quanto à herança, quer legitima, necessária ou não, quer testamentária. Convém

que lembremos texto constitucional de grande relevo. Na Constituição de 1967, com a Emenda n0 1, art. 153, § 33, diz-se: “A sucessão de bens de estrangeiros situados no Brasil será regulada pela lei brasileira, em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que lhes não seja mais favorável a lei pessoal do *de cuius”.97*

2. Ações relativas à herança O art. 96 só se refere a ações relativas à herança em que é réu o espólio; portanto, não às ações de herança contra devedores, ou possuidores de bens, quer sejam situados fora do domicílio do decujo quer não.

O fato de ter de ser parte, no processo, a herança, como autora, não faz incidir o art. 96. Assim, correm por exemplo, no foro do último domicílio do decujo o inventário e a partilha, a de petição de herança, ou de legado, a de nulidade ou de anulação, ou de inexistência ou de ineficácia do testamento, a ação de nulidade ou de rescisão da partilha, a ação de cumprimento de legado, a ação de sonegados, a de indignidade de herdeiro, a de deserdação. Outrossim, as ações em que seja réu o espólio.

Temos de prestar atenção à diferença entre o texto do Código de 1973, art. 96, e o do Código de 1939, art. 135. No Código anterior, dizia-se que o foro do domicílio do decujo seria o competente para o inventário, a partilha e “todas as ações relativas à herança”. O art. 96 só se refere às “ações em que o espólio for réu, ainda que o óbito tenha ocorrido no estrangeiro”.

No art. 96 está explícito que todas as ações em que o espólio for réu têm como foro o do domicílio de decujo. Assim, *a)* <.,ações reais que sejam sobre bens imóveis, de que cogita o art. 95, *verbis* “é competente o foro da situação da coisa”, passam a ser propostas no foro do domicílio do decujo, a despeito do art. *95?* Não era assim no direito anterior (Código de 1939, art. 135) (“todas as ações relativas à herança”). Outras perguntas: *b)* Se a ação é por ato ilícito do falecido, ~o foro é o do art. 96? A resposta, quanto à questão *a),* é no sentido de, mesmo sendo réu o espólio, a ação tem de ser proposta no foro do art. 95. Quanto à questão *b),* seria absurdo que se tivesse de propor no foro do espólio a ação de responsabilidade pelo fato ilícito, talvez crime, se a fato ilícito ocorreu noutro lugar em que se tem de apurar a responsabilidade do decujo. Temos de interpretar o art. 96, 2a parte (“todas as ações em que o espólio for réu”), como referente ao foro em que o *espólio* do decujo tenha de ser acionado.

Se a ação é ação real sobre imóvel, em que é réu o espólio, e o bem ou bens imóveis são situados fora do lugar do foro da ação de inventário e partilha, seria absurdo que se promovesse a ação contra o espólio fora do lugar do imóvel.

Seja se fez a partilha, tendo ocorrido o trânsito em julgado da sentença (arts. 1.026 e 1.027), não há mais espólio, de modo que a ação vai contra quem recebeu a parte a que está ligado o pedido de terceiro ou contra todos os que receberam as partes.98 Não há mais espólio: réu é o que sucedeu, passivamente, no dever, na pretensão e não ação, ou são réus os que sucederam. O art. 96 não mais é invocável. Se ação é ação real relativa a imóvel, o foro é o mesmo a que competia, a despeito de estar correndo a ação de inventário e partilha. Réu é aquele sucessor a que passou o bem imóvel ou o direito real sobre imóvel. O foro continua sendo o do art. 95.

Se o decujo faleceu incapaz, o último domicilio é o do seu representante (art. 98) (cf. ia Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Paraná, 19 de outubro de 1950, *Paraná, J.*, 55, 56).

Se havia pluralidade de domicílios, a ação de inventário e partilha pode ser proposta em qualquer dos foros. O art. 94,

§ 1~, prevê a espécie, e tal regrajurídica é geral. No direito material é que se define o domicilio (Código' Civil de 1916, art. 31: "O domicílio civil da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo"; art. 32: "Se, porém, a pessoa natural tiver diversas residências onde alternadamente viva, ou 98 Veja-se o art. 597, 1ª parte.

vários centros de ocupações habituais, considerar-se-á domicílio seu qualquer destes ou daquelas").

Se havia dois ou mais domicílios, estabelece-se a competência por prevenção (Tribunal de Justiça de Pernambuco), 10

de março de 1952, *A. F.*, 30, 344).

Se a ação é relativa à herança, a competência é segundo o art. 96, ainda que já tenha havido sentença de partilha, trânsita em julgado (sem razão, a 2~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a 4 de dezembro de 1951).

Se há bens imóveis ou móveis, situados no Brasil, na herança, o foro brasileiro é que se impõe, quanto a eles, ainda que o último domicílio do decujo tenha sido no estrangeiro (art. 89, II).

A 1~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 21 de março de 1950 *(R. dos T.,* 186, 270), satisfez-se com a avaliação, no Brasil, para efeitos fiscais; mas sem qualquer razão a 5a Câmara Civil, a 9 de fevereiro de 1951(190,761), essa, lamentavelmente, confundiu as regras jurídicas do art. 10 do Decreto-lei n0 4.657, de 4 de setembro de 1942, regras de direito internacional privado sobre lei pessoal, e as regras do art. 12, que são de direito processual internacional.

3. Foro da situação dos bens e do domicilio A competência do foro do domicilio do decujo está de acordo com os princípios de direito das gentes, que também permite a prevalência do foro da situação dos bens, pela ligação desses à economia do país. Aliás, é de reconhecer-se à própria *lex rei sitae* tal possibilidade de primado em matéria de direito internacional privado. O futuro, é de crer-se, dará ganho de causa, em toda a linha, à situação, em vez do simples domicílio, que se choca com a tendência do mundo à planificação nacional da economia. O Código de 1939 tentou territorializar o foro dos inventários, partilhas e algumas ações de direito das sucessões quanto a bens sitos no Brasil.

O art. 96 e o parágrafo único, 1 e II, do Código de 1973 melhoraram as regras jurídicas.

4.Morte no Brasil ou no estrangeiro Se o falecimento tiver ocorrido no estrangeiro, tendo bens no Brasil o decujo, a regra é a da competência do último domicilio do decujo no Brasil, quando não o perdeu, ou quando, tendo-o perdido, haja competência da Justiça brasileira para ação. Interpretada de outro modo, a regra jurídica seria absurda; a herança de quem, alguma vez, se domiciliou no Brasil, qualquer que fosse a distância de tempo desde a perda de domicilio, inclusive propositada, correria no Brasil, e não no foro em que ao tempo da morte fosse domiciliado. Além disso, há a regra jurídica sobre bens situados no Brasil.

Temos de atender a que o art. 96 só se refere a competência interna, e não a internacional. A competência da autoridade brasileira, se a questão é interestatal, rege-se pelo art. 89, que acentuou a competência da autoridade judiciária brasileira, quanto ao inventário e partilha, mesmo se o decujo era domiciliado ou

residente no estrangeiro, se há bem ou bens situados no Brasil. Não importa se tinha bens situados no estrangeiro, em igual ou em maior quantidade. O princípio está, evidente, no art. 89, II. O art. 96 nada tem com isso. Só se procura saber qual o foro brasileiro do inventário e partilha depois de se ter certeza de que há bens no Brasil ou de que o decujo era domiciliado no Brasil. Pode dar-se que se inicie a ação de inventário e partilha e não se encontrem bens. Há, então, o inventário negativo.

A situação dos bens no Brasil impõe a competência da autoridade brasileira, no plano internacional e, *afortiori,* no plano interno. Mas, fora do problema interestatal, uma vez que se trata de decujo que era domiciliado no Brasil, o foro de tal domicílio é que resolve o problema da competência territorial *(e.g.*, no Rio de Janeiro, em Brasilia ou no Recife). Se tinha dois ou mais domicílios, havemos de entender ser competente a autoridade judiciária de qualquer deles. O art. 96 só se referiu ao "domicílio do autor da herança". Se há bens no Brasil, não surge questão de competência internacional. Só se sabe se as há quando se têm dados para o inventário. Se o inventário é negativo, afastou-se o art. 89,11, como também a possibilidade de inventário e partilha.

A morte no estrangeiro não tem relevância para se negar a competência da autoridade judiciária brasileira (art. 89, II), nem, de dentro do Brasil, o critério de distribuição que consta do art. 96.

A morte da pessoa, cuja herança é assunto para a autoridade judiciária brasileira, pode ter sido no Brasil ou no estrangeiro. Não importa. Internacionalmente, basta o pressuposto da situação de bens ou bem no Brasil (art. 89, II).

Uma vez assente a competência da autoridade judiciária brasileira o que se tem de examinar é qual a autoridade judiciária brasileira a que cabe a competência. Se o decujo era domiciliado no Brasil, é no lugar do domicílio que se há de propor a ação de inventário e partilha. Se não o era (art. 89, II), o foro da situação dos bens é que tem a competência. Dá-se o mesmo (art. 96, parágrafo único,!) se o decujo não tinha domicílio certo (se a dúvida é quanto a ter tido, ou não ter tido domicílio). Aí, o foro da situação dos bens passa à frente. A hipótese do art. 96, parágrafo único, ii, é a de não ter o decujo domicílio certo e os bens que deixou serem situados em lugares diferentes. Também não importa se não tinha domicílio no Brasil e a dúvida é quanto ao lugar em que era domiciliado no estrangeiro, porque rege o art. 89, II.

*5.* Incerteza quanto ao domicílio Sobre o problema de técnica legislativa, acima, na nota 1). A questão somente concerne à incerteza do domicilio, quer dizer, à invencível dificuldade de se saber onde era domiciliado (não

"residente"!) o falecido. A residência não é subsidiária em matéria de foro da sucessão, porque muitas vezes nenhuma ligação apresentaria com os interesses em causa. Em vez de se satisfazer com a residência, ou com o lugar do falecimento, o Código de 1973 estabeleceu a subsidiariedade da situação dos bens situados no Brasil pertencentes à sucessão.

O parágrafo único do art. 96 tem dois incisos: 1, o da competência do foro da situação dos bens, se o decujo não tinha domicílio certo no Brasil; II, o da competência do foro do lugar em que ocorreu o óbito, no Brasil, se o decujo não tinha domicílio certo e deixou bens em lugares diferentes. Tudo ai se passa quanto à competência interna.

O domicílio incerto não é aquele que varia com a pluralidade deles. Aí, há dois ou mais domicílios certos. Se falta a qualquer desses lugares a residência habitual, não se há de pensar em domicilio incerto, salvo se a incerteza é mesmo quanto à habitualidade da residência, ou quanto ao lugar em que habitualmente residia. O direito material prevê as hipóteses quando estatui (Código Civil de 1916, art. 33: "Ter-se-á por domicílio da pessoa natural, que não tenha residência habitual (art. 32), ou emprega a vida em viagens, sem ponto central de negócios, o lugar onde for encontrada"; Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-lei n0 4.657, de 4 de setembro de 1942, art. 70 § 30:

"Quando a pessoa não tiver domicílio, considerar-se-ádomiciliada no lugar de sua residência ou naquele em que se encontre"). Mas o art. 96 do Código de Processo Civil afasta que se invoque, para a propositura da ação de inventário e partilha e outros atos processuais por ele referidos, o art. 33 do Código Civil de 1916 ou o art. 70 § 30 do Decreto-lei n0 4.657.

É de notar-se que: *a)* a sucessão pode ser grande e esse bem ou esses bens serem de pequeno valor: *b)* ser o bem, ou serem todos os bens situados no Brasil, objeto do legado; e não do monte partível, caso em que o principal teria de ceder, contra os princípios, ao acessório; *c)* serem muitos os bens e estarem em diferentes comarcas; *d)* serem muitos os bens, e a maior parte deles, pelo valor somado, distribuída em legados, ao passo que a menor partes no monte partível;

*e)* estar o bem ou estarem os bens por sobre as fronteiras de duas ou mais comarcas.

Quanto a *a),* a lei preferiu a ligação competencial ao juízo da situação do bem ou dos bens. Quanto a *b),* foi a solução do Código de 1939 e é a solução do Código de 1973. Quanto a *c),* o Código não distinguiu ocaso de pluralidade de bens situados no Brasil, mas em lugares diferentes; *de lege ferenda,* ou se dá a prevenção por força de lei, que seria a regra jurídica tirada do art. 107, por analogia (cf. art. 106); ou se recorre ao maior número dos bens; ou se toma por base a maior soma. A solução mais consentânea com o Código é a primeira. Quanto ad), está prejudicado, porque a solução dependia das soluções a *a)* e a *b).* Quanto a *e)* é o assunto do art. 107.

A incerteza do domicílio tanto pode ser sobre o lugar *a* ter sido o domicílio do decujo como a de terem sido seus domicílios no lugar *a* ou *h,* ou *a, b* ou *c.* Basta que se tenha certeza quanto a um, para que se não pense em domicilio incerto: há um domicílio certo, como podia ter tido o decujo dois ou mais domicílios certos.

*6.* Lugar do falecimento O lugar do falecimento somente determina a competência, internamente, se, a despeito de ter sido domiciliada no Brasil a pessoa, o lugar do domicílio é incerto, o decujo deixou bens sitos no Brasil, em lugares diferentes, pois o Brasil é competente no plano do direito das gentes.

*Art. 97. As ações em que o ausente )for réu correm no foro de seu último domicílio, que étambém o competenie para a arrecadação, o inventário, a partilha e o cumprimento de disposições testamentárias* 2) 1. Bens de ausentes O art. 97 não é regra jurídica geral, como é o art. 94, e apenas concerne a ausente do domicílio, a que se tenha de dar curador ou cujos bens tenham de ser arrecadados, inventariados e partilhados. Apenas se supõem as medidas de direito material e se estabelece regra jurídica sobre competência. Se uma pessoa desaparece do seu domicílio, sem que dela se tenha noticia e não deixou representante ou procurador. O Código de Processo Civil não aludiu à falta de notícias. Deu-se o mesmo no Código de 1939, o que exprobramos *(Tratado de Direito Privado,* Tomo IX, § *1.050,* 3). Cf. art. 1.159. O pressuposto da falta de noticia, é, histórica e logícamente, necessário.

O art. 97 completa os arts. 94 e 96. Sempre que a ação é de propor-se no foro do domicílio do réu e este está ausente, ou por não mais ter domicílio, rege o art. 97.

A ação é proponível no lugar do seu último domicílio. A ausência caracteriza-se com o desaparecimento do lugar em que tinha domicílio. Não é ausente quem deixou representante ou procurador, que lhe administre os bens *(aliter,* se o outorgado não pode, ou não pode mais, ou não quer cumprir aquilo de que foi encarregado). O juiz tem de nomear curador (art. 1.160) e a curadoria somente cessa se comparece o ausente, ou alguém que seja seu procurador ou o represente, ou se há certeza da sua morte, ou se ocorre sucessão provisória (art. 1.162,1-111). Quanto à sucessão provisória, há a ação proponível um ano após a publicação do primeiro edital (arts. 1.163-1.166).

Nomeado curador ao ausente, as ações propostas pelo curador têm de obedecer as regras jurídicas sobre competência e as intentadas contra o ausente têm de ser no foro do seu último domicilio.

Sempre que o foro não é o do domicílio, de modo nenhum se há de pensar em invocação do art. 97. Por exemplo: se a ação é ação fundada em direito real sobre imóveis.

2. Arrecadação, inventário, partilha e cláusulas testamentárias

O desaparecido, que deixou bens no lugar que era o do seu domicilio, tem de ser demandado no foro do último domicílio para a declaração de ausência (art 1.159). O assunto pertence aos arts. 1.159-1.169.

3. Ações As ações contra o ausente são propostas no foro do último domicílio (art. 97). Se não se sabe qual foi ele, as ações de direito pessoal ou de direito real sobre móveis têm por foro o do lugar em que for encontrado, ou, se não se encontra, o do domicílio do autor (art. 94, § 20). Se não tem domicílio nem residência no Brasil, o foro é o do domicílio do autor. Se o autor também reside fora do Brasil, o do domicílio do autor (art.94 § 30) Se réu é o ausente e o próprio autor residir fora do Brasil, a ação é proponível em qualquer foro (art. 94 § 30 2a parte).

Nunca há problema se a ação se funda em direito real sobre imóvel, pois existe o art. 95. Trata-se de competência interna, de modo que tem o juiz de atender aos arts. 88 e 89. Se a autoridade judiciária brasileira é competente, não importa se também seria competente a justiça estrangeira, pois, se não proposta, no estrangeiro, a mesma causa conexa, não há óbice à autoridade judiciária

brasileira, nem, se já proposta, se pode alegar litispendência (art. 90). Foi acertado que tudo isso se pussesse no Código de 1973.

O ausente, a que se refere o art. 97, é o ausente de que se não têm notícias e há de ser declarada a sua ausência. Aí é que se procede às diligências para se chegar, talvez, à sucessão provisória.

*Art. 98. A ação em que o incapaz ‘)for réu se processará no foro do domicílio de seu representante ).*

1. Incapaz que é demandado O art. 98 estabelece que o réu, se incapaz, há de ser demandado no foro do domicílio do seu representante. Havemos de entender que a regra jurídica incide se o incapaz não tem domicilio próprio. Nem sempre o pai, o tutor ou o curador têm o mesmo domicílio que o menor ou incapaz por outra razão. Pense-se no maior de dezesseis anos que trabalha ou está interno no colégio ou frequenta lugar de curso superior e o seu representante teve de domiciliar-se noutra comarca.

Nada obsta a que o juiz nomeie tutor ou curador quem tem domicilio noutra comarca e até mesmo noutra unidade estatal. Se o menor reside com algum parente e o tutor tem domicílio fora, mesmo se não tem residência no lugar em que está o menor, há a exigência de serem as ações propostas no for do tutor. Nos dias de hoje, as distâncias diminuíram, os vôos ligam todas as regiões da terra, e providências como a do art. 230, por exemplo, atendem a que há comarcas de cujo centro oficial mais distanciam as suas zonas do que as terras das comarcas vizinhas.

2. Incapacidade e função de representação ou de assistência As pessoas absolutamente incapazes são *representadas;* as relativamentes incapazes, são *assistidas.* O Código empregou a expressão “representante” em sentido largo, sentido que aliás leva a confusão. Advirta-se que o relativamente incapaz, assistido pelo titular do pátrio poder, ou pelo tutor, ou pelo curador, pode entregar poderes a alguém, que o representa, e ai não há representante no sentido do art. 98, posto que, na espécie, representante seja.

O art. 98, referindo-se ao domicílio do representante do incapaz, atende a regra jurídica de direito material (Código Civil de 1916, art. 36), em que se diz que os incapazes têm por domicílio o dos seus representantes. Incapazes são os menores

e os que foram interditados. Se o incapaz, de maioridade, ainda não foi interditado, tem o domicilio que obteve, de modo que ainda não há curador. Quando a ação é contra o incapaz ainda não há curador, ou por ele proposta, há invalidade, razão para que se tomem, desde o início, ou antes, as providências necessárias. Sem ter havido interdição, pode acontecer que haja *res iudicata* da sentença e até haja precluido o prazo para a ação rescisória.

A incapacidade do interditado ou do não-inteditado é argúível a qualquer momento do processo. Um dos elementos apreciáveis é o de ter tido quem o representasse judicialmente e não haver razão para se reputar inválido o ato do advogado, ou de quem disse representar o réu ou o autor. Se quem assistiu o menor incapaz era o pai, ou o tutor, tem-se de levar em consideração que seria ele, de ordinário, o curador, mas isso não afasta hipótese de se analisar o ocorrido, para se verificar se houve prejuízo para o incapaz não-interditado. Não se pode chegar a conclusão sem que se conheçam os fatos, as consequências e os efeitos, nocivos ou não, ao representado ou assistido.

*Art. 99. O foro da Capital do Estado ou do Território é competente '): 1para as causas em que a União for autora2),ré ou interveniente* 3); *II para as causas em que o Território for autor, réu ou interveniente* 4)~

*Pará grafo único. Correndo oprocessoperante outro juiz, serão os autos remetidos ao juiz competente da Capital do Estado ou Território, tanto que neles intervenha uma das entidades mencionadas neste artigo* 5)~

*Excetuam-se:*

*1 o processo de insolvência;*

*11 os casos previstos em lei.*

1. Regra jurídica constitucional99 Abolida a dualidade de justiças de primeira instância, satisfazia- se a União com a exceção a seu favor, de competência privilegiada, combinada com a territorial: "o foro competente será o da capital do Estado", aliás unidade da República, em que fosse domiciliado o réu ou o autor. Mas a Constituição de 1946

incluiu regra jurídica constitucional nova no art. 201. "As causas em que a União

for autora serão aforadas na capital do Estado ou Território em que tiver domicílio a outra parte. As intentadas contra a União poderão ser aforadas na capital do Estado ou Território em que for domiciliado o autor; na capital do Estado em que se verificou o ato ou fato originador da demanda ou esteja

*99* Diante do art. 110 do Const. 88 e dos §§ 1’ e 2’ do seu art. 109, as causas da União ou contra ela poderão ser propostas, não apenas na capital, como ainda na vara federal localizada em Outra cidade *(v.* g., Niterói, no Estado do Rio de Janeiro) da seção judiciãria, a menos que a lei limite a competência do juízo descentralizado.

situada a coisa; ou ainda no Distrito Federal”. No § l~, disse: “As causas propostas perante outros juízos, se a União nelas intervier como assistente ou opoente, passarão a ser da competência de um dos juizes da capital”. No § 20: “A lei poderá permitir que a ação seja proposta noutro foro, cometendo ao Ministério Público estadual a representação judicial da União”. Sem essa lei, o que se havia de aplicar seria o art. 201 ou o § 1”. A 2a Turma do Supremo Tribunal Federal, a 22 de abril de 1947 *(R. F.,* 114, 373), permitiu que a Fazenda Federal demandasse, no foro da situação dos bens, por divida fiscal, o devedor. Não estava isso no art. 201: mas o § 20 referia-se à possibilidade de qualquer lei, não contra o art. 201, e sim ao lado (alternativa). Os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios estavam, em principío, sujeltos no que concerne ao direito processual interlocal e quanto às regras jurídicas gerais aos arts.

133-152 do Código de Processo Civil de 1939, *dentro do território de cada uma dessas entidades políticas,* às regras jurídicas constitucionais respectivas, às leis de organização judiciária, ou à lei orgânica. Hoje, Constituição de 1 967, com a Emenda n0 1, art. 125, *§* l~’i~~

No art. 99, 1, fala-se de ser competente o foro da Capital do Estado-membro ou do Território para as causas em que a União é autora, ré ou interveniente. Não se referiu ao foro do Distrito Federal, a despeito de o art. 124 da Constituição de 1967, com a Emenda n0 1, dizer que cada Estado-membro, bem como o Distrito Federal, constitui uma Seção Judiciária, com sede na respectiva Capital, e varas localizadas segundo o estabelecido em lei. No art. 125, § 1~, lê-se:

“As causas em que a União for autora serão aforadas na Capital do Estado ou Território onde tiver domicilio a outra parte; as intentadas contra a União

poderão ser aforadas na Capital do Estado ou Território em que for domiciliado o autor; e na Capital do Estado onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa ou ainda no Distrito Federal" (Cf. art. 80, XVII, onde se atribui à União legislar sobre organização administrativa e judiciária do Distrito Federal e dos Territórios).

2. Autora, ré ou interveniente Desde que a União nelas figure como interessada no pedido, ou na defesa, pró ou contra aquele ou essa, há a legitimação, ativa ou passiva. Se é outra, ré, litisconsorte, nomeada à autoria, ou denunciada à lide, assistente, ou chamada ao processo, ou assistente 100 Const. 88, art. 109 e §§ 10a 40, e art. 110 e parágrafo único.

litisconsorcialiforme, não importa. *Aliter,* se tem apenas de reclamar cumprimento de regras jurídicas sobre impostos ou taxas, ou custas.

A 2~ Turma do Supremo Tribunal Federal, a 14 de outubro de 1941 *(R. F.*, 89, 724), entendeu que a intervenção do Procurador da República na segunda instância já é tardia, por se haver fixado a competência *(!).* Ou a causa pertencia à competência dos juizes a que se refere, hoje, o art. 99, 1, ou não pertencia. Se pertencia, a solução da 2~ Turma foi errada, porque não é *ratione materiae* (a respeito, art. 111). A qualquer tempo pode ser alegada a incompetência do outro juiz (art. 113: "em qualquer tempo e grau de jurisdição").

Embora sejam outra ação os embargos de terceiro e a oposição, a apresentação daqueles (2~ Turma do Supremo Tribunal Federal, 3 de junho de 1941, *R. F.*, 88, 401), ou dessa, pela Fazenda, desafora o feito: isto é, o embargante alega a sua pretensão de terceiro e a incompetência do juízo (implícita), e os autos vão ao juízo competente. Nesse, se forem julgados procedentes, *toilitur quaestio.* Se não o forem, a causa volta ao juízo onde se iniciou. Porque a causa principal é *outra* ação.

O serem parte Caixas de Aposentadoria e Pensões (1~ Turma do Supremo Tribunal Federal, 7 de outubro de 1940, *R.*

*E.*, 86, 600), o Instituto de Resseguros do Brasil (4~ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 24 de novembro de 1941, *R. F.*, 89, 766), o Banco do Brasil (3~ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 30 de novembro de 1941, *R.* E., 89, 762), etc., não basta para que incida o art. 99, 1. Não assim,

em se tratando, por exemplo, de anulação de ato do Conselho Nacional do Trabalho (2~ Turma do Supremo Tribunal Federal, 15 de maio de 1941, *R. F.*, 88, 415).

i,A competência por ter intervindo a União, proposta noutro juízo a causa, é *ratione materiae,* ou não? Respondendo-se que sim, não há prorrogabilidade: respondendo-se que não, há prorrogabilidade. A ~a Turma do Supremo Tribunal Federal, a 10 de outubro de 1951 *(D. da J.* de 21 de setembro de 1953), julgou que não é *ratione materiae.* Mas trata-se de competência devoluta, pela hierarquia.

Nas ações de usucapião, nem sempre é interessada, como assistente ou opoente, a União, dejeito que fugiu aos princípios a 2a Turma do Tribunal Federal de Recursos, a 9 de maio de 1951 *(D. dai.* de 22 de novembro de 1951), que a reputou "interessada necessária" *(?).* Só incide, não sendo parte a União, se é assistente, ou opoente.

3.União e pleitos em que é assistente ou opoente O art. 99, 1, do Código de Proceso Civil é exceção ao art. 87.

Mantém-se, a despeito do princípio da economia do processo e do princípio da imediatidade do juiz, o privilégio da União. O art. 99, i, é aplicável, ainda quando a União reconvém.

Se, para se decidir litígio, se tem de dizer que ato ou fato da União, em que há interesse federal, *não existiu,* ou, se *existiu,* ou *não valeu,* ou *não vale,* ou *não tem tal efeito,* a competência é dos juizes que conhecem e julgam as causas a que se refere o art. 122, III, da Constituição de 1967, com aEmendan0 1, eaEmendan07.'~'

Se o interesse federal somente é na *incidência* e na *aplicação de lei,* não há a regra jurídica de competência para a cognição inicial.

Se em causa está ato administrativo ou judiciário federal, não se pode fugir às regras jurídicas de competência, desde que à decisão se exija, para ser favorável, que se declare inexistente, inválido ou ineficaz o ato de União.

Juiz comum não declara inexistência nem decreta nulidade de ato em que foi

figurante a União e há o interesse da União em que se reconheça a existência ou a eficácia, ou se indefira o pedido de desconstituição.

Hoje é assente que o *praeiudiciurn* pode ser oriundo de ação declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva. Parajulgar ação de indenização por uso de elemento que é integrante de patente ou de registro federal, que se reputa ilegal, é preciso que o juiz possa desconstituir a patente ou o registro. Se A, titular de patente, propõe ação porque B viola, com as suas fabricações, os seus direitos, sem alegar que a patente não podia ser dada a B, ou se B

não tem patente, o juízo é o comum. Se, porém argúi A a falta de observância dos princípios legais a propósito da própria patenteação, a União é *parte.*

Sempre que a União é interessada em *quaestio proevia*, ou, em açao prejudicial, *praeiudicialis acho* (declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva), o litígio tem de ser perante o juízo competente para reconhecer e julgar das ações em que há legitimidade da União, com o recurso para o Tribunal Federal de Recursos.”>2 Não é preciso que se haja oposto a *exceptiopraeiudicti.* O juiz tem o dever de se julgar incompetente de oficio. Se A propõe a ação de cominação de pena pecuniária, contra B, por entender que B, cuja invenção, modelo de utilidade, marca de indústria

101

Cons>. 88, ar>. 108, II.

102

Cons>. 88, ar>. 108, II: Tribunais Regionais Federais. O STJ não tem competência recursal ordinária para as causas decididas pelos juizes fedcrais, salvo no caso da alínea c do ar>. 105, II, da Constituição (vejam-se também o ar>. 539, II, *b* e parágrafo único do CPC, com a redação da Lci n0

8.950, de 13.12.94).

e de comércio, ou outro objeto de propriedade industrial foi patenteado ou registrado, exercendo o direito de propriedade industrial, ofende o direito de A, nenhum conhecimento pode ter da ofensa o juiz ou o tribunal *antes* de

desconstituir a patente ou o registro.

4. Território Se o Território tem de propor ação, ou de intervir, ou contra ela alguma ação tem de ser proposta, competente é o foro da sua capital.

*5.* Superveniência de competência A superveniência da posição de autora ou de ré, para a União, ou de autor ou de réu, para o Território, ou se ela ou ele tem de intervir, com a litisconsorciação, ou com a intervenção dela, ou dele, há a remessa dos autos ao novo foro.

*Art. 100.* É *competente o foro: 1 da residência da mulher, para a ação de separação dos cônjuges e a conversão desta em divórcio e para a anulação de casamento )* 4);

Redação dada pela Lei n0 6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 52.

*II do domicílio ou da residência do alimentando, para a ação em que se pedem alimentos* 2)3); *III do domicílio do devedor, para a ação de anuluação de títulos extraviados ou destruidos* 5); *IV do lugar:*

*a) onde está a sede, para a ação em que for ré a pessoa jurídica* 6); *b) onde se acha a agência ou sucursal, quanto às obrigações que ela contraiu; c) onde exerce a sua atividade principal, para a ação em que for ré a sociedade, que carece de personalidade jurídica* 7);

*d)onde a obrigação deve ser satisfeita, para a ação em que se lhe exigir o cumprimento* 5); *V do lugar do ato ou fato ~):*

*a) para a ação de reparação do dano;*

*b) para a ação em que for réu o administrador ou gestor de negócios alheios ‘»).*

*Parágrafo único. Nas ações de reparação do dano sofrido em razão de delito ou acidente de veículos, será competente o foro do domicilio do autor ou do local do fato >‘*).

1. Ações de separação judicial, ações de divórcio e ações de nulidade ou anulação de casamento A residência aparece como elemento originário, e não

subsidiário, da determinação da competência, posto que a houvesse olvidado o legislador, ao elaborar o art. 94, o que também aconteceu ao legislador anterior.

*(a)* A regra jurídica do art. 100, 1, do Código de Processo Civil estabelecera que, nas ações de desquite e anulação de casamento (entenda-se: de decretação de nulidade ou de anulação), competente é o foro da *residencia* da mulher.

Hoje, como a Emenda n0 9 à Constituição de 1967, foi introduzido o divórcio no direito brasileiro.'»3 Antes, no art.

175, § l~, estava dito que "o casamento é indissolúvel". Segundo a Lei n0 6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 20, parágrafo único, "o casamento válido somente se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio". Os arts.

34-39 cogitam do processo do divórcio, sendo de observar-se que, conforme o art. 34, a separação judicial se faz de acordo com os arts. 1.120-1.124 do Código de Processo Civil, e que os arts. 35-38 tratam da conversão da separação judicial em divórcio. Háo art. 38: "O pedido de divórcio, em qualquer dos seus casos, somente poderá ser formulado uma vez".'»4 Absurdo, no plano constitucional, porque infringiria principio da Constituição de 1967, com a Emenda n0 1, art. 153, § JO ("Todos são iguais perante a lei"), *e.g.*, o divorciado ou a divorciada se casa com uma solteira ou um solteiro, ou uma viúva, ou um viúvo, e não pode o casado pela primeira vez divorciar-se porque o outro cônjuge não poderia pedir divórcio. A infração não é só à Constituição, também o é no plano ético. i,Como negar-se, diante da própria Emenda n0 9, a alguém, que casou pela primeira vez, o direito de se divorciar, somente porque o outro cônjuge já era divorciado? Temos de atender, para a proposítura da ação de separação judicial e de divórcio, do art. 100, 1, do Código ou 1973.

103 Cons>. 88, ar>. 226, § 60.

104 Revogado pelo ar>. 30 da Lei n0 7. 841, de 17.10.89.

Não basta a *morada*, é preciso a *residência*, para que possa a situação de alojamento ser determinante do foro para as ações de separação judicial e de divórcio ou de decretação de nulidade ou de anulação de casamento. Seria contra os princípios fundamentais do direito que a mulher casada viajasse para outro Município, ou para outro Estado-membro, *para* pedir a dissolução do vínculo

conjugal, ou a decretação da nulidade ou da anulação do casamento.

A mulher tem o domicílio do marido. Se a lei fez competente para as ações de divórcio ou de invalidade do casamento o juiz do lugar da residência, supôs que em algum lugar a mulher casada esteja, sem ser por eventual alojamento, ou visita, ou permanência eventual. A mulher casada que sai do lugar e não fixa residência alhures, não pode invocar o principio excepcional do foro da residência. Não basta a morada. Quem mora, segundo o étimo, está em lugar de que não vai sair a qualquer momento. Quem mora demora. Mais demora quem reside, porque residir, *residere*, re-sidere, re-sedere, de *sedes* é escolher sede, assento permanente, morada duradoura. A morada com permanência é residência.

Tal residência pode ser com ânimo definitivo, ou não. Se foi com ânimo definitivo, faz-se domicilio, exceto se a mulher é casada, porque definitividade da residência não se transforma em domicilio. Por isso, a residência foi reputada pressuposto suficiente para que se faça determinante da competência judicial em caso de divórcio ou de decretação de nulidade ou de anulação de casamento.

*(b) Residência* é conceito jurídico, que alude a elemento fáctico. Se, por exemplo, o demandante não tem domicílio no Brasil, é no foro da sua residência ou onde for encontrado que se hão de propor as ações para as quais é competente o foro do domicílio (art. 94 e § 20). Se não tiver domicílio, nem residência, no Brasil, nem no tiver o autor, em qualquer foro (art. 94, § 30)

A *morada* pode-se tornar conceito jurídico. Não há, porém, no direito civil brasileiro e no comercial, qualquer regra jurídica que possa justificar considerar-se fato jurídico a simples morada. Está em pleno mundo fáctico. Por exemplo: reside A no prédio da rua A, mas dorme, come, vive, ou no escritório ou em casa de algum amigo, lugar em que pode ser encontrado, porém não é o da sua residência (com telefone, criados, recepções, etc.). Outro exemplo: a mulher casada brigou com o marido e foi passar algum tempo, ou teve de ir, provisoriamente, para a casa dos pais.

Se a residência é com ânimo definitivo (não necessariamente para toda a vida), perfaz o domicilio: ao suporte fáctico do domicilio bastam residência mais ânimo definitivo de residir. Por ai se vê que a residência pode ser simples ato-fato jurídico. Se há duas ou mais residências com ânimo definitivo, há dois ou

mais domicílios. Se a residência não é acompanhada de ânimo definitivo, nem por isso deixa de ser residência. Se a pessoa não pode somente por si constituir domicilio, como se dá com o incapaz, ainda o relativamente incapaz, o fato da residência não compõe o suporte fáctico do domicílio. O menor de dezesseis anos, que resida com a mãe, sendo titular do pátrio poder o pai, ou estando sob tutela, ou curatela, continua de residir no lugar em que residia a mãe morta, porque para a continuação da residência não é menos preciso ato jurídico *stricto sensu.* Se, após calamidade, o menor de dezesseis anos ou o louco se refugia em alguma casa e aí permanece, esse lugar é o da sua residência, porque basta ato-fato jurídico para se compor residência; ainda que outro seja o lugar do domicílio legal. O menor que foi internado pelo juiz em colégio reside no colégio, ainda que tenha outra residência.

*(c)* A *morada* é fáctica. O que está de passagem na cidade e toma quarto de hotel, à espera de novo avião, ou de trem de transbordo, mora, não reside. Tal lugar é aquele em que no momento se encontra. Mas há morada por longo tempo, *e.g.*, a do pintor que tem ou seu lugar de trabalho e repouso na água-furtada de prédio vizinho ao da sua residência. A mulher casada que sai da casa, com todos os seus objetos de uso, ou alguns, ou nenhum, e vai à casa dos pais, ou do pai, ou da mãe, sem que com isso se revele a vontade de permanência, não passou a residir no lugar para onde foi.

Quem mora, demora, mas morar não é residir.

O marido que era domiciliado com a mulher, ou com a mulher e os filhos, na casa tal da rua tal, e desde algum tempo mora noutra casa, sem ter providenciado quanto à mudança do domicilio, não se pode considerar domiciliado alhures, nem mesmo se a sua morada continua por longo tempo.

*(d)* A mulher casada tem por domicílio o do marido, salvo se estiver separada juridicamente, ou lhe competir a administração do casal quando o marido: está em lugar remoto, ou não sabido; está em cárcere por prazo legal; foi judicialmente interditado. O domicílio da mulher casada é domicilio legal: o domicilio dela é o do marido, quer ele seja legal, quer seja voluntário; o dela é sempre legal. Pode ter outro além desse (principio da não exclusividade do domicílio legal). Ainda como assentimento do marido não pode mudá-lo, mas pode criar outro, assentindo o marido.

Se o juiz deferiu a separação de corpos, indo a mulher residir noutro lugar que o lar, ou indo residir alhures o marido, não se dá, somente com isso, constituição de novo domicilio para a mulher, ou para o marido.

O ter residência a mulher casada, diferente da residência do marido, é excepcional. Supõe-se separação conjugal de fato, ou judicial, ou acordo em residências diferentes. Então, o foro para as ações de divórcio, ou de nulidade ou anulação do casamento, é o da residência da mulher casada.

Não basta hospedagem, nem sequer, a simples moradia *(Tratado de Direito Privado*, tomo 1, § 73). Nem seria admissível que se escolhesse o juízo. A mulher casada tomaria a aeronave para ir propor no estrangeiro, ou noutro Estado-membro, ou noutro Município do Estado-membro, ou no Distrito Federal, a ação de decretação de nulidade ou de anulação do casamento, ou de separação judicial ou de divórcio. A residência há de ser ato-fato jurídico; e não só fato jurídico, ou simples situação fáctica.

A 3~ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 13 de agosto de 1941 *(R. F.*, 88, 454), entendeu que o art. 100, 1, deixa de ter incidência se a mulher abandonou o lar por motivo injustificável ou imoral. Esse prejulgamento de modo nenhum está na lei. Ao ser ajuizada a causa, qualquer exigência de prova que não seja a de *residência* da mulher viola o art. 100,1.

Mas, provada a residência da mulher; distinta da residência do marido, é no foro daquela que se há de propor a ação de separação judicial, de divórcio, ou de invalidade de casamento.

>~,Pode o Ministério Público arguir a incompetência, por infração do art. 100, 1? A 2~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, a 29 de maio de 1942 *(R. F.*, 92, 171), respondeu negativamente, salvo incapacidade da mulher.

O juízo da separação somente é competente para as medidas provisionais quanto aos filhos do casal ao tempo da separação (Supremo Tribunal Federal, 6 de novembro de 1940, *R. E.*, 86, 602), se tais medidas entram nas que poderiam ser definitivamente ordenadas pelo juiz do divórcio.

A 2~ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 7 de maio de 1940

*(R. dos T,* 126, 122), leu o art. 142, do Código Civil de 1939, hoje, art. 100, 1, do Código de Processo Civil de 1973, como se contivesse, em vez de simples regra jurídica de competência, regra jurídica de penalidade para o marido pelo abandono do lar. Outro prejulgamento seria, que de maneira alguma se poderia admitir. A lei não distinguiu.

A despeito de só se falar de "anulação de casamento", as ações de invalidade de casamento, no art. 100, 1, são, obviamente, as de nulidade e as de anulação (3~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, 17 de abril de 1941, *A. J.*, 53, 427). A ía Turma do Supremo Tribunal Federal, a 17 de outubro de 1949 *(R.* E., 139, 140), teve ensejo de repelir a distinção que se pretendia insinuar.

A competência, segundo o art. 100, 1, é *ratione personae;* portanto,prorrogável, se não se opõe, tempestivamente, a exceção de incompetência (4~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 9 de abril de 1951, *R.dos T.,* 192, 303; Tribunal de Justiça de Sergipe, 31 de outubro de 1951, *J.* de 1951, 202, contra, a 2~ Câmara, a 27

de abril de 1950, 79 e 154, e a 6 de julho de 1950).

Nas ações de separação judicial e de divórcio e de invalidade do casamento, seja autora ou ré a mulher, o foro é o da residência da mulher. Excluiu-se o domicilio do casal, fixado pelo marido, o que, ainda estado de dissolução da sociedade conjugal ou de dissolução do vínculo conjugal, lhe dava todas as vantagens, inclusive a de o mudar antes da lide. A inspiração da regra jurídica não foi de ordem principal, e sim prática. Os maridos que se deslocavam, variando de domicílio, para os efeitos de obrigar a despesas a mulher, estão dificultados no seu intento. Mas a lei facilitou a escolha dos juizes, ainda de outros Estados-membros ou Territórios, ou do Distrito Federal, ou do estrangeiro, quando o domicílio do marido seja forçado pelo cargo que exerce e os cônjuges se concluem sobre a residência. No fundo, criou-se foro de opção em todo o pais. Porque de residência se pode mudar como e quando se entenda. A letra da lei não permite distinção, tais como:

só no caso de abandono do lar pelo marido; estando separados de fato; não ter o marido domicílio necessário, etc.

Se há duas ou mais residências da mulher, basta qualquer delas. Se está sempre a

viajar, sem pousada certa, onde quer que seja encontrada, terminando alguma viagem. O foro da situação dos imóveis do casal nenhuma influência tem.

O fato de ter a mulher residência diferente do domicílio ou residência do marido basta para que se invoque o art.

100,1. Não importa se foi por culpa do marido, ou se o não foi, ou se foi por culpa da mulher, ou se o não foi. O que o juiz tem de verificar é se tem a mulher residência em lugar diferente. Pergunta-se: uma vez que a regra jurídica do art.

100, i, é a favor da mulher, apode ela propor a ação de separação, a de conversão da separação em divórcio, ou a ação de nulidade ou de anulação do casamento, no foro do domicílio do marido? A resposta tem de ser afirmativa, não só porque a fixação não é absoluta, pois só se trata de regra jurídica protectiva, e a própria mulher pode ter dúvida quanto à administração da sua morada como residência. Nem o marido poderia alegar que o juízo havia de ser o da residência da mulher, uma vez que lhe poderia caber a arguição de não ter a mulher tal residência, o que basta para que ela prefira o domicilio do marido, evitando a exceção de incompetência do foro.

A Lei n0 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que regula a dissolução da sociedade conjugal e do casamento, deu à Lei de Introdução ao Código Civil a seguinte redação: Art. 70 ~ 50: “O estrangeiro casado, que se naturalizar brasileiro, pode, mediante expressa anuência de seu cônjuge, requerer ao juiz, no ato da entrega do decreto de naturalização, se apostile ao mesmo a adoção do regime de comunhão parcial de bens, respeitados os direitos de terceiros e dada esta adoção ao competente registro”. No § 6~:

“O divórcio realizado no estrangeiro, se um ou ambos os cônjuges forem brasileiros, só será reconhecido no Brasil depois de três anos da data da sentença, salvo se houver sido antecedida de separação judicial por igual prazo, caso em que a homologação produzirá efeito imediato, obedecidas as condições estabelecidas para a eficácia das sentenças estrangeiras no Pais. O Supremo Tribunal Federal, na forma do seu regimento interno, poderá reexaminar, a requerimento do interessado, decisões já proferidas em pedidos de homologação de sentenças estrangeiras de divórcio de brasileiros, a fim de que passem a produzir todos os efeitos legais 2.Ações de alimentos, foro do domicílio ou da residência Nas ações de alimentos, o foro é o do domicílio *ou* o da residência.

Dá-se a alternativa, e não a subsidiariedade. De modo que é outro caso de elemento originário determinador da competência. O alimentando, de ordinário, é que usa a escolha. Porque, se houve, antes, ação de alimentos, e se quer modificar a obrigação do alimentante, pela afluência de circunstâncias novas, o juízo está prevento. Se não houve, então a ação seria declarativa típica, positiva ou negativa, e o foro o do domicilio ou o da residência do alimentando.

No Código de 1973, faz-se referência à alternatividade (domicílio ou residência), e o alimentando pode ter domicilio no lugar *a* e ser residente no lugar *b (e.* g., todo tempo é aluno interno de colégio). Aliás, a ação de alimentos que tem o próprio cônjuge contra o outro, se o alimentando tem o domicílio comum, ou o seu e residência no lugar *b,* pode usar a alternativa.

Pergunta-se: uma vez que o art. 100, II, fala do foro do domicílio ou da residência do alimentando, para a ação em que se pedem aí imentos, ~,pode o alimentando propor tal ação no foro de alimentante? Com o art. 100, II, criou-se favor ao alimentando, de modo que não se há de afastar a regra jurídica do art. 94 ou a do art. 94, * l~, ou, se ausente o alimentante, o do art. 97.

Se é o alimentante que oferece os alimentos (ação de prestação de alimentos), rege a Lei n0 5.478, de 25 de julho de 1968, art. 24: “A parte responsável pelo sustento da família, e que deixa a residência comum por motivo que não necessitará declarar, poderá também tomar a iniciativa de comunicar ao juiz os rendimentos de que dispõe e de pedir a citação do credor, para comparecer à audiência de conciliação e julgamento destinada à fixação dos alimentos a que está obrigada”.

Se os alimentos são provisionais, a ação é cautelar, regida pelos arts. 852-854, e o que importa é existir ação principal (ação de separação dos cônjuges, ação de conversão da separação em divórcio, ação de nulidade ou de anulação do casamento, ou outros casos de que a lei fala, art. 852, 1-111). A competência é, evidentemente, do juiz da ação principal.

Se o assunto é o de ação de alimentos prestados no estrangeiro, conforme a Convenção sobre prestação de alimentos no estrangeiro, assinada pelo Brasil a 31 de dezembro de 1966, temos de atender a que o demandante tem de encaminhar o pedido à autoridade do Brasil para a remessa, e o art. III, 1, 2, 3 e 4, *a), b)* e *c),* da Convenção cogita da apresentação do pedido à Autoridade

Remetente, e os arts. IV e V da transmissão dos documentos e das sentenças e outros atos judiciários. A competência no Brasil é segundo o art. 26 da Lei n0 5.478, de 25 de julho de 1968 (que foi republicada por determinação da Lei n0 6.014, de 27 de dezembro de 1973), onde se diz: “É competente para as ações de alimentos decorrentes da aplicação do Decreto Legislativo n0 10, de 13 de novembro de 1958, e Decreto n0 56.826, de 2 setembro de 1965, o juízo federal da Capital da Unidade federativa brasileira em que reside o devedor, sendo considerada instituição intermediária, para os fins dos referidos decretos, a Procuradoria-Geral da República”.”~5 No parágrafo único: “Nos termos do inciso III, art. 20, da Convenção Internacional sobre ações de alimentos, o Governo Brasileiro comunicará, sem demora, ao Secretário-Geral das Nações Unidas, o disposto neste artigo”. As regras do Código de Processo Civil são aplicáveis (art. 27).

3. Momento da verificação do pressuposto Verifica- se a residência, quanto à mulher, e o domicílio ou a residência, quanto ao alimentando ou alimentado, no momento da propositura da ação de separação dos cônjuges ou de divórcio, ou de nulidade ou anulação de casamento, ou de

105 Parece inconstitucional a atribuição da competência ao juízo federal porque, ainda quando o Procurador-Geral da República atue como intermediário, não ocorrerá à situação do ar>. 109, 1, da Const. 88. Existe, todavia, decisão contrária ao que nesta nota se afirma (RSTJ 6/127).

alimentos. Não importa o ajuizamento de outra ação de separação dos cônjuges, ou de divórcio, ou de nulidade, ou de anulação, ou de alimentos, se houve mudança do dado determinador (domicílio, residência), se aquela ou a reconvenção teve outro fundamento. *Aliter,* se o fundamento é o mesmo (art. 87).

4.Marido domiciliado no estrangeiro ou de domicilio ignorado, ou residente no estrangeiroÀ diferença da *lex specialis* do art. 88,1, que supõe a jurísdição brasileira, a regra jurídica do art. 100, i, é regra jurídica de equivalência a domicílio, em proteção da mulher. Por isso mesmo, o Brasil, pelo fato da residência da mulher, se faz competente, no plano internacional como no plano interno. A residência, no art. 100,1, opera como subsidiária do domicilio, é domicilio para o processo.

Não se há de entender, portanto, a regra jurídica geral sobre competência pelo

domicílio, que está no direito internacional privado, sem se atender ao art. 100, 1. Sem razão, a 8a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a 9 de outubro de 1951, *D. da 1.*, de 14 de abril de 1952.

5. Títulos extraviados ou destruidos O foro para as ações concernentes a títulos extravtados ou destruidos é o do domicílio do devedor. A expressão “anulação” foi imprópria. Entende-se ação de nulidade, ação de anulação, ação de cancelamento, a ação de novo título. Não se poderia limitar a regra jurídica à ação de anulação. A expressão, no art.

100, III, revela falta de conhecimento da matéria. Trata-se de *ação de amortização,* ou *de substituição do título.* Não bastaria falar-se da ação de amortização. Tem-se de considerar qualquer amortização ou substituição de títulos, inclusive ações, e não só os títulos ao portador.

Sem acidentes possíveis são aqueles títulos ao portador que, furtados ou perdidos, não podem ser substituidos a tempo, como são as entradas de empresas de diversões, bem que a portaria possa atender à comunicação do fato, se o entende, como se o bilhete perdido ou furtado é numerado. (Quem aparece com ele ou furtou ou achou. Todavia, sem provas que justifiquem a prisão em flagrante, a solução é tomar-se nota do ocorrido, com os nomes, sem que se possa impedir que exerça a pretensão o que apresenta o bilhete.)

Títulos ao portador de acidentes pouco prováveis são aqueles que não permitem duplicatas ou outros exemplares, como, *e. g.*, os bilhetes de loteria, e os que ocasionalmente se depositam em estabelecimento bancário ou de outra espécie, em conjunto ou separadamente como coísa nao-tungível.

No Brasil, os princípios sãos seguintes: *a)* serem exibidos para a substituição os títulos ao portador; *b)* serem identificáveis; *c)* não ter sido preexcluida, em cláusula do próprio título, a substituibilidade.

Para que o portador possa intentar a substituição, faz-se preciso que o título ainda conserve os sinais distintivos: se numerado, ou em série, o número do exemplar e a ordem da série; a importância e outros sinais. Não se exige que sejam perfeitos os caracteres e as letras: basta que não estejam em situação tal que se possam suscitar dúvidas.

Atende-se, exclusivamente, à *identidade* do título.

As duplicatas ou exemplares para substituição são e devem ser encontrados em mãos do subscritor ou emissor. Porém nada obsta a que se declare, no título, que outrem se encarrega do serviço de troca de títulos deteriorados ou sujos *(e.*

*g.*, o Estado de São Paulo incumbia seus banqueiros franceses de procederem a substituições dos títulos).

Os títulos devem ser destruidos, quando se der a retirada da circulação consequente ao pedido de outros, que os substituam. O modo de destruí-los é perfurá-los, ou riscá-los, e melhor é aquele processo do que esse. Se, perfeito, volta à circulação, o subscritor responde ao portador de boa-fé, e só mediante citação pode impedir que ao tenedor ou possuidor sem direito se faça pagamento.

Na ocasião da troca, o subscritor ou emissor recebe o titulo estragado ou seus fragmentos; carimba-o, o rompe-o ou guarda-o, e entrega outro ao portador, com os mesmos caracteres, quer se trate de emissão singular, quer de títulos emitidos em massa, pois não se deve atribuir ao novo exemplar outra natureza que a do substituído. A fungibilidade, nos títulos, é a exceção; e no direito brasileiro, que permite a reivindicação dos títulos ao portador quando perdidos ou roubados, deve o subscritor ou emissor guardar o exemplar roto, deteriorado, ou apenas embotado, a fim de não desfazer a identidade do papel (desmaiado, talvez) e evitar pesquisas e indagações a respeito de sua origem. Mas isso somente se entende quando há neles notas ou sinais capazes de fixar a identidade, como, por exemplo, datas, nomes, carimbos. Não quer isso dizer, todavia, que a lei obrigue o subscritor ou emissor a tais precauções a favor de terceiros.

Como por vezes ficou assente, só se lhe exige não pagar, nos casos de intimação prévia. Na substituição, não se trata de pagamento, mas sim de ato do subscritor, que se permeia na circulação do título. Se o terceiro prova a sua má-fé, responde o subscritor, como de direito; aí, ineficaz foi a substituição, e deve o subscritor entregar o título substituído ou ressarcir o prejuízo que sofreu o terceiro injustamente desapossado.

Se o subscritor ou emissor substituir titulo ao portador *que não podia ser substituído* e o exibidor, que obteve a substituição, furtara o titulo ao portador,

ou achara o título perdido, não se livra da posição de devedor.

*Idem,* se o substitui, mesmo se cabia a substituição, depois da citação para que não pague ou de qualquer outra citação em que se lhe de ciência do furto ou da perda.

É recomendável que os possuidores de títulos ao portador, por esse e outros motivos, avisem logo ao subscritor no tocante às perdas ou furtos que sofreram, não só judicialmente, para evitar *o pagamento* a tenedor ilegítimo, como para evitar a troca do achado ou do furto, o que se pode fazer sem a formalidade judicial e imediatamente, com as designações que individuem o título perdido, ou furtado, ou, ainda, esbulhado por algum possuidor ilegitimado.

Passemos a tratar das hipóteses de destruição completa do título. Não mais se cogita de papel estragado ou roto, com caracteres difícil ou perfeitamente legíveis; não mais se atende à existência de sinais distintivos, pelos quais se identifique o título e, em troca, se obtenha o outro, em operação material de troca. Vamos mais além: imaginamos que se queimasse completamente, que inteiro se deteriorasse, ou que se derretesse, no caso, por exemplo, de bilhetes de celulóide, o instrumento da divida.

O titulo destruido deixa de pertencer, materialmente, ao mundo fáctico, como papel. Não se pode querer, senão em casos especialissimos de felicidade e de presteza em se chegar ao lugar onde se operou o desastre, ou o atentado, que as cinzas do documento conservem os caracteres distintivos da apólice, da letra de câmbio, ou do que for. Se o ensejo feliz se apresenta, de assim ainda de alcançar o papel queimado e de se lhe lerem, com exatidão, os dizeres essenciais, outro será o caminho que há de seguir o portador: não se terá de alegar destruição, mas deterioramento parcial.

Provada, pelos sinais ainda visíveis, a identidade do titulo, terá o subscritor de fornecer substitutivo, de acordo com o que anteriormente dissemos.

*Cheques postais,* extraviados, ou destruidos, quando nominativos, permitem o pedido de segundas vias. Não assim, porém, os cheques postais ao portador: destruidos, perdeu-os irremediavelmente o portador: extraviados, pode a vitima da perda ou do furto recorrer aos processos legais de reaquisição de posse. Não, porém, à regra jurídica do prazo para a caducidade. A providência para que não

pague toma-se ilusória pela possibilidade de ser recebido o cheque em qualquer das repartições postais autorizadas a pagar e emitir. Quanto aos cheques postais semidestruídos, já dissemos. A vida assaz curta do cheque e o atabalhoado do serviço público legitimam a solução da extinção da dívida no caso de se destruir o cheque postal concebido ao portador.

E na verificação deve-se atender à vida, longa ou curta, do titulo. Nos dois exemplos citados fora sem grande alcance admitir-se a substituição compulsória ~ tão breve a vida do cartão ou ficha de cinemas e teatros! O que pode dar-se mas sem obrigatoriedade é a substituição a líbito do emissor, que há de velar pela mantença da simpatia despertada pelo estabelecimento e querer que o ato de atender ao alegado cative a freguesia. Mas, ai, há emissão de *outro* titulo, manifestamente caracterizada pela voluntariedade do novo ato de emissão. Dois atos volitivos, dois fenômenos jurídicos. Nesses casos, ou não tem o portador de pagar despesas, ou o estipula o emissor no momento de aquiescer na entrega de novo exemplar. Ou, conforme as circunstâncias, mera substituição voluntária, se não figura em caixa o importe.

A substituição do título ao portador ocorre ou *a)* porque alguém o furtou ou se perdeu o título ao portador e se tem de *matar* (amortizar) o que está em circulação, ou poderia estar em circulação, ou *b)* porque resta em mãos do possuidor o que permite que se considere sem eficácia o que com ele não está *(e.g.*, menos de metade), de modo que se troca uma cártula por outra, ou *c)* o titulo ao portador foi totalmente destruido e se precisa da prova disso para que se dê a substituição. Na primeira espécie, há *amortização;* na segunda, *substituição por troca;* na terceira, *substituição do título ao portador destruído.* As espécies *b)* e *c)* foram examinadas. Aqui, o que nos incumbe é o ato de *amortização.*

Nos arts. 907-913,0 Código de 1973, como o de 1939, arts. 336-342, trata-se do assunto da anulação e da substituição de títulos ao portador. O que surpreende é que no titulo do Capítulo III não se haja aludido à reivindicação, que está explícita, no art. 907. Há, em caso de desapossamento injusto, a ação reinvindicatória, que é de rito ordinário.’06 Os arts. 908-9 12 só se dedicam à espécie do art. 907, II.

O foro, em qualquer das espécies, é o do domicílio do devedor. Quem furtou tem de ser sujeito à ação criminal, cujo foro pode ser outro que o do domicílio do devedor, e nada obsta a que no foro do domicilio criminoso se proponha ação de

responsabilidade civil. Ai, a matéria é estranha ao art. 100, III, do Código de Processo Civil.

*6.* Pessoa jurídica, ré As ações em que é ré a pessoa jurídica têm de ser propostas no foro em que está a sede; mas se as obrigações forem contraídas pela filial, ou seja pela sucursal, ou pela agência, o foro do lugar em que tem sede é que é o competente. Aí, de modo nenhum se investiga a

106 *Aliter,* o ar>. 275,11, a. responsabilidade da pessoa jurídica que é empresa-mãe, salvo se expressa-mente foi dito no negócio jurídico que a filial, a sucursal ou a agência apenas exerce poder de representação. O art. 100, IV, *b),* lamentavelmente deixou de referir-se a filial, entidade que qualitativamente vem à frente da sucursal e da agência.

Quanto a essa, convém atender-se ao que escrevemos sob o art. 88, parágrafo único.

A despeito de, no direito material, se ligar a sede da pessoa jurídica ao lugar em que funcionam a diretoria e a administração, temos de atender a que há a exigência do registro, para que se personifique a sociedade criada, e a que a pessoa jurídica pode escolher o domicílio, a sua *sede,* mesmo se não é lugar em que há a sua maior atividade. A sede pode ser escolhida e constar do registro, Se se trata de filial, ou de sucursal, ou de agência, e foi ela que firmou o negócio jurídico ou é responsável por fato, ato-fato ou ato, o lugar em que ela está é que compete. Rege o art. 100, IV, *b),* e não o art. 100, *a).*

Pode acontecer que haja obrigações das duas pessoas jurídicas contraentes e, proposta uma ação pelo figurante A, o figurante B tenha de alegar a inadimplemento por A. Ai, a competência está prevista, mesmo se há reconvenção. Dá-

se o mesmo se o outro contraente é pessoa física.

7. Sociedades sem personificação Se a sociedade não se personalizou, tem-se de colher informações sobre o lugar em que ela exerce a atividade principal. Todavia, se não se pode apurar onde ela a exerce, por serem sem qualquer diferenciação os dados obtidos, a ação pode ser proposta em qualquer dos lugares em que a atividade principal é a mesma *(e.g.,* empresa contratora, não

personificada, que está a construir na comarca A e na comarca B; todavia, se é na comarca C que firmou os contratos para a construção na comarca A e na comarca B e aí é que se fazem os pagamentos das prestações, é o foro de C que se há de ser como competente).

Se não são dados suficientes para se saber qual o lugar em que a sociedade não-personificada exerce a atividade principal, convém que na petição inicial se caracteriza a ocorrência. O art. 100, IV, *c),* só se refere àsociedade não-personificada, mas pode acontecer que se trate de fundação sem qualidade de sociedade, e havemos de entender que o art. 100, IV, *c),* incide. Sobre a futura pessoa jurídica (ainda não-personificada, mas já criada), nosso La Création et la Personnalité des personnes juridiques en Droit International Privé, *Mélanges* Streit, Athênes, 1939.

8.Lugar para a adimplemento de obrigação Já tratamos do assunto sob o a art. 88, II, que concerne a ações que tenham de ser intentada no Brasil. O conceito de lugar do adimplemento é o mesmo; apenas, no art. 88, II, se examina a matéria, no plano do direito internacional processual, para a competência das autoridades brasileiras.

Pergunta-se: uma vez que no art. 100, IV, *d),* só se aludiu ao lugar em que a obrigação tenha de "ser satisfeita" e a ação seja "se lhe exigir o cumprimento", í,está fora do alcance da regra jurídica qualquer ação declaratória de obrigação ou de invalidade do negócio jurídico? Havemos de entender que o lugar em que tem de ser satisfeita a obrigação é de grande relevância que a ação para exigência do cumprimento da obrigação supõe existência e validade do negócio jurídico de que se diz irradiar a obrigação. A solução mais adequada é a de se considerarem competentes os dois foros:

o do lugar em que teria de ser cumprida a obrigação e o do domicílio do réu (art. 94 e § § 10, 20, 30 e 40) Acertada foi a Ordenação Processual Civil alemã, § 29, ao mencionar as espécies: ações para declaração ou invalidação de contrato (Ri Klagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Vertrages), para o cumprimento ou revogação do mesmo (auf Erftilung oder Aufhebung) e a indenização por inadimplento ou cumprimento parcial (auf Entschadigung Wegen Nichtererftillung oder nicht gehõriger Erfullung). O contraente interessado, ou mesmo o credor, ou futuro credor interessado (pode dar-se que a obrigação não seja derivada de contrato, mas de negócio jurídico unilateral), ou

propõe a ação declarativa, ou de invalidade, no domicilio do réu, ou no lugar em que se teria de cumprir a obrigação; o art. 100, IV, *d)*, só afasta o foro do domicilio, se a ação é para cumprimento da obrigação.

Se, conforme o direito material, não houve cláusula sobre o lugar em que se há de cumprir a obrigação, entende-se que é o do domicilio do devedor, salvo se, pela natureza da obrigação, ou por força de alguma regra jurídica, tem de ser em algum lugar. Por exemplo: a prestação é de obra em lugar que não é o do domicílio. Se houve designação de dois ou mais lugares, cabe ao credor a escolha.

Temos, porém, alguns problemas relativos ao art. 100, IV, *a), b), c)* e *d).* Se a pessoa jurídica tem sede na Comarca C

e a obrigação foi assumida pela filial, sucursal ou agência, que tem sede na comarca B, mas para ser adimplida na comarca A, ~.qual o foro competente conforme o lugar? Qualquer um dos três. Se foi a pessoa jurídica, empresa-mãe, que prometeu a prestação na comarca A, em qualquer dos dois lugares pode dar-se a propositura; não, na comarca B, porque nada tem com o negócio jurídico a filia, a sucursal ou a agência.

Quando se estabelece em regras jurídicas constitucionais a competência conforme a entidade estatal, o que se faz é discriminar a competência

funcional. Se, por exemplo, órgão da União, entidade autárquica ou empresa pública federal assinou negócio jurídico em que se fixa a competência do domicilio do outro figurante, não se pode afastar a competência funcional, mas tem de ser observada a cláusula negocial. Assim, atende-se ao art. 42 do Código Civil e ao art. 125, 1, da Constituição de 1967, com a Emenda n0 1 ,‘<~ bem como ao Código de Processo Civil, art. 100, IV, *d)*, pois o foro éonde a obrigação tem de ser satisfeita. Não é óbice o art. 111; ao contrário o acordo apenas há de constar de contrato escrito e aludir expressamente a determinado negócio jurídico (art. 111, § la), *afortiori* se consta do próprio negócio jurídico. Quando o figurante do acordo é entidade estadual, ou entidade autárquica estadual, apenas há o problema que se resolve com a escolha do foro, uma vez que houve, pois a competência funcional é de toda a Justiça estadual, pois Estado-membro e Municípios se ligam a ela, em distribuição só funcional da competência. Quanto ao lugar do domicílio escolhido, digamos o lugar do foro

que consta do domicilio negocial, não se há de pensar em que tenha de ser o foro do Estado-membro em que e domiciliado um dos figurantes do negócio jurídico, e não no lugar do Estado-membro em que se vai cumprir a obrigação ou em que se há de apreciar a existência, validade e eficácia do negócio jurídico. Dentro de um Estado-membro, a escolha não vai além da competência territorial. Um Estado-membro ou um Município não pode excluir a possibilidade do acordo quanto ao foro, como também não o pode a própria União.

9. Lugar do ato ou fato O lugar do ato ou fato (entenda-se: fato ilícito, *stricto sensu;* ato-fato ilícito; atos ilícitos *stricto sensu),* tais como:

responsabilidade em caso de força maior ou caso fortuito; por mau uso da propriedade alheia, ou tomada de posse com violação da posse de outrem; pela gestão de negócios contra a vontade, manifestada ou presumível, do dono; por ofensa à boa-fé no trato dos negócios, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência.

Qualquer ação de reparação de dano pode ser proposta no foro do lugar do ato ou do fato que lhe deu causa. Pergunta-se: ~,pode ser proposta no foro do domicilio do réu? Sim; o art. 94 permite-o em todas as espécies, pois que tal propositura é, “em regra”, admitida.

10. Administrador ou gestor de negócios alheios Trata-se *do forum gesta eadministrationis*, limitado às obrigações pessoais, dos administradores e dos gestores de negócios. O administrador pode ter foro contratual, 107 Const. 88, art. 109, 1.

como o pode ter o gestor de negócios. Se o não tem, ou, na espécie, não o podia ter (art. 111, §§ jO e 20), o art. 100, V, *b),* incide. Ao tratarmos da gestão, desceremos a pormenores que servem a interpretação da regra jurídica, em se tratando de administrador.

O ato do gestor basta, mesmo se ele simulou a gestão com poderes outorgados, como basta o fato de ter sido ignorada pelo dono dos negócios, ou não ter outorgado poderes. Se o representante atual, sem ter poder de representação, não representa, apresenta-se como se representante fosse: ou *a)* ele mesmo diz que não é representante, e põe, assim, em dois tempos a atuação e a outorga de poder de representação, que deveria vir antes ou, pelo menos, simultaneamente; ou *b)*

ele mesmo se abstém de se dizer representante, e procede em nome próprio (nem se apresenta como representante, nem tem o poder de representação); ou *c)* ele mesmo se diz representante, e não no é (= não tem poder de representação). No primeiro caso, há *gestão de negócios* sem poder de representação: no segundo, o negócio jurídico é ineficaz, no tocante ao dono do negócio, existe e vale e é eficaz entre esse e o outro ou outros figurantes, no plano obrigacional; no terceiro, há falso procurador. O princípio geral é o de que, ou se trate de pessoa, que não tem poder de representação, ou se trate de pessoa, que excedeu os poderes que tem, o ato jurídico em que A figura, como se fosse representante, *não* é entre o pretenso representante (B) e o outro ou os outros figurantes (C, D, E); *não sendo* entre B e C, ou B e C, D, E, não tem, pró ou contra B, *eficácia.* Toda idéia de nulidade da relação BRC ou BRCDE, seria absurda, pois seria nulidade do inexistente. Há estado de pendência, que deriva da *esperança de ratificação* (que é o assentimento posterior, algo que se diferencia do consentimento, em que há dois ou mais assentimentos, de modo que cada uma das pessoas consente), ou há promessa de *ratificação.* A esperança é comum às espécies *a)* e *c).* Se o dono do negócio não ratifica, o seu assentimento posterior falta; o negócio jurídico continua de ser estranho e, pois, ineficaz para ele. A espécie *b)* é a do que não representa, nem diz representar, nem tem poder de representação; atua em nome próprio, a respeito de interesses alheios *(aliter,* se há conexão de interesses). Ai, o que negociou não pôs no trato a figura do dono do negócio; mentindo, ou não, quanto à sua situação em respeito ao objeto, foi a si mesmo que se pôs; o negócio jurídico é entre ele e o outro ou os outros figurantes. Tal negócio jurídico, uma vez que *não* é entre o dono do negócio e outrem, não pode ser eficaz. A eficácia sofre, pela falta de coincidência entre ser dono do negócio e ser sujeito do negócio jurídico. Para que se opere a eficacização, é preciso ou (no plano da eficácia, porque entre o sujeito e ou outros figurantes o negócio jurídico é) que na pessoa do sujeito venham a unir-se o ser sujeito e o ser dono do negócio, ou (no plano da existência, porque entre o dono do negócio e o outros figurantes o negócio jurídico *não é)* que o dono do negócio venha a criar a relação jurídica (portanto o negócio jurídico) entre ele e o outro ou outros figurantes. O que deveria ter querido não fora sujeito:

agora, no primeiro caso, passou a ser, por inserção do negócio na sua esfera jurídica, permanecendo um só e contínuo o negócio jurídico, que de inicio existiu; ou, no segundo, o dono do negócio estabelece novo negócio jurídico, mediante manifestação de vontade sua. É de grande importância técnica e

prática, acentuar-se a distinção entre a *eficacização primária,* por se terem unido, posteriormente, na mesma pessoa, o ser sujeito do negócio jurídico e o ser dono do negócio, e a *eficacização secundária* (existência *com efeitos),* pela criação do laço entre o dono do negócio e o outro ou outros figurantes. Os exemplares mais frisantes são o do vendedor da coisa alheia, que vem a ser dono dela (eficacização primária), e o do vendedor da coisa alheia, se o dono da coisa vem a ratificar a venda.

O assunto tem fácil solução jurídica porque o *lugar de ato ou fato* também dá o foro para a ação de reparação do dano (art. 100, V, *a).* Há a opção prevista no art. 101.

O *gestor de negócios* responde conforme o negócio jurídico entre ele e o dono dos negócios, ou se ainda não se concluiu o contrato e já houve atos de gestão. Podem responder pela *culpa in contrahendo,* baseada em que a necessidade de confiança cria a relação jurídica de quem trata para contratar (H. Eichler, *Die Rechtslehre vom Vertrauen,* 13). O foro é o mesmo, uma vez que se trata do *lugar do ato.*

11. Escolha do foro Se a reparação do dano é por ato ilícito que se considera delito ou acidente de veículo, o autor tem alternativa: ou o lugar do ato ilícito ou fato ilícito, ou do ato-fato ilícito que se tenha como delito, ou o lugar do domicilio do autor. Aliás, a opção existiria e a finalidade da regra jurídica somente pode ser a de evitar que, com as provas tiradas alhures, não se possa ir contra o responsável no foro do domicilio.

Surge o problema do jornal ou folheto que é distribuído fora do lugar da edição e num dos pontos que possa causar dano à pessoa. Pode acontecer que no lugar em que a divulgação causou o dano nem sequer exista publicação de jornal. Seja como for, a ação é proponível no lugar de onde veio a causa ou no lugar em que o dano se causou. Mas isso não afasta a proponibilidade no foro do domicilio do autor (art. 100, parágrafo único).

Ainda mais: não se exclua poder o lesado propor a ação no foro do domicílio do réu. Escolhe ele entre os três foros, sem possível exceção de incompetência oposta pelo réu.

A respeito, escrevemos nos *Comentários ao Código de Processo Civil* de 1939

(II, 2a ed., 296): “Teria sido acertado, nesse século do automóvel e do avião, em que os desastres e os danos se operam facilmente noutras comarcas, noutras unidades da República que a do domicilio ou residência do acusado, e até no país por parte de domiciliados ou residentes no estrangeiro, deixar-se explícito que o foro do lugar em que se cometeu o ato ilícito é o competente, ou também o é, para as ações dai resultantes. O Código nada disse. Fora do caso do réu sem domicílio ou residência no Brasil, que só apanha aos domiciliados e residentes no estrangeiro, a lei falhou à sua obra de justiça. Ainda aquele réu, sem domicilio e residência no Brasil, terá de ser demandado no foro do domicílio ou residência do autor, que pode não ser o do ato ilícito. O *forum delicti commisi* também foi omitido pela Ordenação Processual Civil austríaca (Hans Sperl, *Lehrbuch,* 1, 129; Rudolf Pollak, *System,* 329-332). Há apenas casos especiais de leis extravagantes”.

O Código de Processo Civil de 1973, art. 100, parágrafo único, atendeu ao que lamentávamos.

O diário *Folha de São Paulo,* a 24 de agosto de 1975, em artigo relativo ao art. 100, disse que “diante dos termos aliás bastante claros da norma transcrita pode o interessado, livremente, optar ou pelo foro do local onde ocorreu o acidente, ou então, pelo do seu próprio. É fora de dúvida que o objetivo foi facilitar a atuação do interessado, que às vezes encontra dificuldades para ajuizar o pedido no local do acidente. O Tribunal de Justiça, no julgamento a que estamos aludindo, lembrou a lição de Pontes de Miranda, que pondera: “Se a reparação do dano é por ato ilícito que se considera delito ou acidente de veículo, o autor tem alternativa: ou o lugar do ato ilícito ou fato ilícito, ou do ato-fato ilícito que se tenha como delito, ou o lugar do domicilio. Aliás, a opção existiria e a finalidade da regra jurídica somente pode ser a de evitar que, com as provas tiradas alhures, não se possa ir contra o responsável no foro do domicilio”. No caso, o autor optara, diante da alternativa legal, pelo foro que mais lhe convinha, isto é, o do seu domicilio, usando de uma faculdade concedida pela lei processual. Não podia a Justiça compeli-lo a propor a ação em local que não lhe era conveniente.

*Art. 101*. É *competente ‘)para a homologação*

*do laudo arbitral, em primeiro grau de jurisdição,*

r

*o juiz a que originariamente tocar o conhecimento da causa* 2); *em segundo grau, o tribunal que houver de julgar o recurso*

1. Critério para se apreciar a competência Competente é o juiz a que está entregue a causa, ou aquele a que caberia a competência, se tivesse sido proposta a causa.

Se o compromisso for anterior à pospositura da ação, tem-se de saber qual o juízo que teria, originariamente, de conhecer da causa. Trata-se do compromisso extrajudicial, que há de ser por escritura pública ou particular, sempre assinado pelos compromitentes e por duas testemunhas (art. 1.073). Os pressupostos do art. 1.074 são necessários, sem se admitir qualquer omissão ou erro. Há outros pressupostos que não são necessários (art. 1 .075). Se há dois ou mais juízos que seriam competentes para conhecer da ação que se propusesse, qualquer deles pode ser o juízo tido como competente, devendo-se mencionar no compromisso extrajudicial, ou apenas serem referidos os competentes.

Se é conhecida a suspeição ou o impedimento do juiz, tem-se de atender aos princípios de substituição. Aliás, a suspeição ou o impedimento pode ser arguido depois de se ter submetido ao juízo a celebração do compromisso por termo nos autos. Se havia necessidade de produção de prova e o juízo arbitral designou audiência de instrução e julgamento, não atinge os atos do juízo arbitral o que somente concernia ao juiz perante o qual se celebrou o compromisso por termo nos autos. O que foi ato do juízo arbitral é válido. A homologação é que depende de não ser impedido nem suspeito ojuiz a que tocaria ojulgamento da causa. O compromisso não foi nulo e, pois, não seria nulo o laudo arbitral. A homologação, se ocorreu, sim.

2.Pluralidade de juizes competentes Se há mais de um juiz competente, aquele a quem for distribuída a homologação, ou que, dentre os competentes, tiver sido indicado pelas partes no compromisso ou em convenção posterior, é o juiz homologador.

Se o compromisso foi feito pendente a lide, depois de se ter o juízo como

competente, houve prevenção dajuri sdiçáo.

Para se evitar tal eficácia, é de mister que se acorde, no compromisso, na extinção da relação jurídica processual.

3. Juízo de segundo grau No Código de 1973, há os arts. 1.072-

1.102, sobre o juízo arbitral. Ou já havia ação proposta no juízo competente, ou se há de verificar qual o juízo que seria competente para a ação (art.1.098). No art. 1.098 diz-se que é competente para a homologação do laudo o juiz a que originariamente tocar o julgamento da causa. O art. 101, depois de falar do juiz a que originariamente tocar o conhecimento da causa, acrescentou "em segundo grau, o tribunal que houver de julgar o recurso". Isso não estava no Código de 1939, art. 1.042. O art. 1.073 explicitamente estabelece que o compromisso judicial se celebra por termo nos autos, "perante o juízo ou tribunal por onde correr a demanda", de modo que, mesmo se já está em grau de recurso a demanda, pode haver compromisso judicial. Erram os que interpretam o art. 101 *(verbis* "o tribunal que houver de julgar o recurso") como se nada tivesse com a homologação do laudo, mas sim apenas com ojulgamento do recurso. Seja houve sentença e adveio, em vez de recurso, o compromisso, já o tribunal é que cabe homologar ou não o laudo arbitral; *afortiori*, se o compromisso ocorreu antes do julgamento do recurso.'08

Seção IV

Das Modificações da Competência 1)9)

1. Modificação da demanda Quando alguém intentou demanda, ou *(a)* a intentou no juízo competente e aí fica, salvo se havia outro juízo competente e a prevenção se dera; ou *(b)* a intentou em juízo incompetente e tem de ver ser-lhe julgado nulo o processo, e nenhuma é a relação jurídica processual pela falta da figura adequada do juiz; ou *(c)* pode ocorrer que o fato que o determinou se modifique, criando-se para o legislador o problema técnico a que se deu, desde o direito romano, com desenvolvimentos posteriores, a solução *da perpetuatio iurisdiction is.*

O que o Código chama "modificações da competência" são os fatos concernentes a *(c).* Os arts. 102-111 falam dos elementos modificativos

(conexão, continência) e de elementos que sobrevêm, mas, em verdade, não são modificativos (reunião, acessoriedade, reconvenção, atos de escolher o fim).

108

Ao fazer título executivo judicial a sentença homologatória de transação, “ainda que não verse questão posta em juízo”, o mc. III do art. 584 do CPC, com a redação da Lei o0 8.953, de 13.12.94, permite que se leve a juízo a transação extrajudicial (tal como a norma heterotópica do art. 55 da Lei 007.244, de 7.11.84, dos juizados de pequenas causas), que será homologada em consonância com a regra do art. 101.

Adiante, na Seção V, arts. 112-124, cogita-se da declaração de incompetência. Os princípios sobre competência são imperativos, pleni-eficazes; portanto, a infração deles importa nulidade, *salvo exceção expressa.* O termo estava e está fixado há séculos. Bento Pereira, excelentemente, já definia prevenção “quaedam antecipatio cognitionis, quae impedit, ne alter se intromittat. Cum enim praevenire apud Latinos sit venire antequam alter veniat; sie apud iuristas est praeoccupare causam, seu venire aí ilíam, antequam alter Iudex veniat”. J. J. C. Pereira e Sousa, que não curava muito de princípios, leu nos estrangeiros (não o encontramos em nenhum dos praxistas que consultamos), quase a titulo de curiosidade, e meteu nas *Primeiras Linhas* (~ 38 e nota 86) distinção entre prevenção perfeita e prevenção imperfeita. Teixeira de Freitas *(Primeiras Linhas,* 1, nota 59, 40 s.) pôs claro, aliás na esteira da tradição e dos juristas brasileiros posteriores. A. A. de Morais Carvalho, *Praxe Forense,* § 50; Paula Batista, *Teoria e Prática,* § 61; Antônio Joaquim Ribas, *Consolidação,* art. 179, que J. J. C. Pereira e Sousa errara: “A prevenção não se divide em perfeita e imperfeita, mas sim a prorrogação; visto como só nessa última há juiz incompetente, e só assim jurisdição declinável.

Não se perca de vista *que jurisdição prorrogada* é a de um juiz incompetente dilatando-se na jurisdição de outro, e *jurisdição preventa* é a de um juiz competente antecipada pela de outro também competente”. O legislador de 1939

perdeu-o de vista. O seu erro foi inoperante, pela contradição: fizera ser a prevenção determinadora e prorrogadora, ela, que não determina nem prorroga coisa nenhuma. O Código de 1973 corrigiu o que tanto repelíramos.

A *prorrogatio fori* é outra coisa. A técnica conhece duas, uma por acordo das partes, expresso ou tácito, e outra pela submissão do demandado ao foro incompetente. Depois de precluso o prazo para a exceção declinatória, o foro incompetente faz-se competente. A Ordenação Processual Civil austríaca desconhece-as. A alemã tem as duas. O

nosso direito anterior também as tinha. O Código somente conhece a prorrogação (art. 114) pela não-declinação do foro.

2. Conceitos Prorrogação, prevenção, continência e conexão são conceitos distintos. O Código de 1973 não mais diz que se "prorroga" a competência pela prevenção, pela continência e pela conexão, como se houvesse prorrogação pela prevenção, prorrogação pela continência e prorrogação pela conexão. Tais erros de 1939 exprobramos veementemente nos *Comentários* que então escrevemos. O conceito assente, velho e novo, de *prorrogação* é o de se tornar competente juiz que não o é (J. J. C. Pereira e Sousa, *Primeiras Linhas, §* 31, nota 43). Na prevenção, há competência de principio (nota 38 de J. J. C. Pereira e Sousa). A *conexão* supõe ligação entre os negócios, sem se entrar na apreciação da competência, porque há de existir para um deles, pelo menos, ou uma para cada causa, ou uma para um e outra para o outro negócio. Portanto, pode dar-se, ou não, o fato da prorrogação. *Continência* ocorre quando ocorre a conexão de direitos de interessados na causa (J. J. C. Pereira e Sousa, *Esboço de um Dicionário Jurídico,* verbo

"Continência"). E, portanto, caso especial de conexão, *forum continentiae causarum ex identitatefundamenti agendi personali,* em caso de litisconsórcio, *forum connexitatis materialis.*

Como leis e homens passam, e ciência fica, vale a pena evitar-se que o encambulhamento metido no Código de Processo Civil de 1939 e levado a alguns juristas e juizes tenha consequências perturbantes de terminologia.

O foro geral é *oforum dom icilii,* que nos vem dos Romanos, extinto *oforum originalis,* que eles também tinham ou *oforum rei sitae,* restrito a imóveis, vigente na Idade Médida. Existem também formas de *foruni domicilii,* que são o da sede das pessoas jurídicas, e o foro do não-domiciliado no Brasil ou de domicílio incerto. Há o *forum hereditatis.*

O *foruni prorogatum*, que é prorrogado pelas partes e *oforum com missorium,* que resulta de se remeter a outro juiz a causa por suspeição do que devia processá-la e julgá-la. Falar de conexão como dado determinante e como caso de prorrogação, é contraditório. Por outro lado, a prevenção nem prorroga, nem conecta: previne. Aquele que primeiro começou a oficiar na causa fica sendo o competente, e nenhum outro pode mais se ingerir nela (Paula Batista, *Teoria e Prática,* § 61). Na prorrogação, o juiz continua, fazendo-se competente; na prevenção, o juiz que conheceu preestabelece a exclusividade do seu juízo. A prorrogação enche o futuro do juízo prorrogado;.a prevenção exclui o futuro dos outros juízos. (É aconselhável não atribuir à expressão *forum* o significado de caso de determinação da competência. Os velhos juristas tinham idéias pouco lúcidas sobre competência dos juizes e pressupostos processuais.)

3. Prorrogação da competência A competência é *prorrogável* ou *improrrogável.* Prorrogável em todos os casos em que não haja incompetência *ratione materiae,* ou em razão da hierarquia (art. 111, sobre inderrogabilidade), se as partes anuiram em escolher o juízo, isto é, o autor ajuizou a causa e o réu não opôs exceção declinatória do foro, e do juízo. O não-uso da exceção de incompetência determina a prorrogação. A citação determina a prevenção, não a prorrogação (no Despacho do Presidente do Tribunal Regional do Trabalho, a 28 de março de 1961 ,disse-se: “É

oportuno lembrar a prestigiosa opinião de ilustre jurista (Pontes de Miranda, *Comentários,* II, 356). No caso em apreço, ocorre uma situação singular. O juiz deu-se por incompetente, de oficio, e trancou o processo sem dar oportunidade a que fosse suscitado um conflito de jurisdição nos termos do art. 802 e seguintes do Código de Processo Civil de 1939.

Exige a lei que o juiz, quando se der por incompetente, ordene, a requerimento daparte ou *exoificio,* aremessados autos ao juiz competente.

Dá-se prorrogação quando o juiz, que não seria competente, competente se torna. A ciência do direito processual conhece a prorrogação expressa, isto é, por acordo das partes, e a prorrogação tácita, que também se pode construir como acordo tácito, posto que a falta da oposição da exceção declinatória do foro possa entender-se como renúncia à exceção, unilateralizando-se, assim, a declaração de vontade do que deixou de excepcionar (em vez de declaração de vontade do autor que se exprimiu com a propositura da demanda no juízo

incompetente + declaração tácita de vontade do que “aceitou” o juízo, declaração unilateral de vontade do autor, *ineficaz,* seguida de renúncia à exceção declinatória do foro, com a consequente eficacização da declaração unilateral do autor).

Se a competência não é *ratione materiae,* ou pela razão da hierarquia, o juízo incompetente pode fazer-se competente pela prorrogação.

*4.* Competência por prevenção A competência pela prevenção refere-se às causas que podem ser conhecidas por mais de um juiz competente, e um deles, conhecendo-as primeiro, preveniu a competência, fez vir, *antes,* a sua. Não se prorroga a competência; estabelece-se com exclusão do outro ou dos outros juízos. A citação determina a prevenção, não a prorrogação. Nem cabe exceção de incompetência quando se trata de prevenção.

*5.* Competência pela conexão A conexão, nos casos em que co-determina a competência, está livre de qualquer exigência de não ser oposta a exceção de incompetência. É dado *determinante e suficiente,* como o domicílio do réu e a situação do imóvel. Propôs A ação contra B para haver de B certa quantia como endossante de letra de câmbio, B

alega que A é seu marido e lhe deve alimentos, que pede em reconvenção, por ter sido a letra de câmbio titulo simulado para a prover de parte dos alimentos, ao que A responde não ser válido o casamento e estar pendente a ação no juízo do art. 92, II. Ainda que A e B aceitem o juízo, nenhum eficácia têm as manifestações de vontade porque se trata de competência *ratione materiae.*

Note-se que a conexão ou é elemento modificador da competência existente, ou elemento fixador, se ambos os juizes eram competentes. No segundo caso, dá-se prevenção, e não só competência pela conexão.

*6.* “Forum continentiae causarum” No caso de continência, o foro resulta da conexão das duas causas, ou de outra necessidade de se reunirem as causas. O *Fortim continentiae causarum* ou *é ex conflexitate,* ou *ex identitate,* espécie sobre que se publicaram muitas dissertações nos séculos XVII e XVIII. No caso de *identitas causa rum,* quer *persona lis* quer *realis, a* determinação da competência resulta da prevenção, sem necessidade de ser aposta exceção de incompetência pela individualidade. No caso de *conflexitas causarum, a* solução

é de acordo com os princípios, e não se precisa invocar a prorrogação por motivos da falta de exceção declinatória.

7. Jurisdições competentes e jurisdições prorrogadas Quando a competência se firma com a propositura da ação, isto é. com a citação inicial, errado é falar-se de prorrogação. Prorrogação supõe anterior incompetência. Daí se haverem distinguido as jurisdições em jurisdições competentes e prorrogadas. Para os romanos, prorrogar era apenas durar, e nesse sentido usou-o Ulpiano. O conceito processual, assente, exato, escorreito, que se fixou, deve-se ao direito canônico. (Chr. fr. von Glúck, *Ausflihrliche Erlãuterung der Pandectern,* 111,208). Evite-se, pois, falar de prorrogação quando ojuizj á é competente. Não teria sentido.

8. Valor da causa e competência O valor da causa não é obstáculo à prorrogação. Só a matéria é da hierarquia.

Competência por território écompetência *ratione personae.* Todos, exceto o juízo *rationemateriae* cem razão da hierarquia, entram na classe do juízo *ratione personae,* nome que seria equívoco, porque competência territorial de nenhum modo atende a dado pessoal. A competência funcional (primeira instância, segunda instância, etc.) é improrrogável.

9. Manifestação de vontade fora do processo e no processo O acordo é inconfundível com a renúncia expressa à exceção de incompetêneia, que é manifestação unilateral de vontade; e com a renúncia tácita, que resulta da não-oposição tempestiva da exceção. Todavia, a renúncia tácita é tratada pela lei como falta de exercício do direito de exceção no prazo legal, dando-se preclusão razão por que não há pensar-se em decretação de invalidade por erro, ou outra causa, se bem que possa ser invocado, em caso de força maior, o art. 183 e ~ e 20. Sobre a prorrogação por acordo, C.Deybeck *(Der Gerichtsstand der Vereinbarung,* 1 s.) e Hans Sperl *(Vereinbarung der Zustãndigkeit, 67* e 91 s).

A *prorrogatio fori* pode ser por acordo, ou pela renúncia expressa ou tácita, ou pela preclusão, ainda se não se pode interpretar que se renunciou

tacitamente *(e.g.,* o réu telegrafou ao juízo que ia chegar, sem poder provar a força maior a que se refere o art. 183).

Note-se que a admissão da prorrogalidade torna algumas regras jurídicas sobre

competência sem sanção de nulidade se renúncia se dá, ainda que em virtude de expiração do prazo.

O acordo fora do processo não é ato jurídico processual (Hans Sperl, *Vereinbarung der Zustãndigkeit, 67;* R Neuner, *Privatrecht und Prozessrecht,* 113; ~em razão, Konrad Hellwig, Prozesshandlung und Rechtsgesch~ift, *Festgãbefiir* Otto von Gierke, 38). Só tem efeitos de direito privado; de modo que, apresentado fora do prazo, quando já oposta a exceção declinatória do foro, é sem qualquer eficácia. Apresentado pelo autor, obsta à oposição da exceção, salvo se opoente alega que não renuncia processual-mente à exceção.

Para que o acordo ou a declaração unilateral, no processo, tenha eficácia, é preciso que tenha capacidade processual a parte (= se nada manifestasse e deixasse expirar o prazo, dar-se-ia a prorrogação), ainda que se trate de advogado (Hans Sperl, *Vereinbarung der Zustãndigkeit,* 90 s.; sem razão, Rudolf PoIlak, *Systein,* 2a, 298). Os acordos no processo operam desde logo, bem assim as manifestações unilaterais de vontade, razão por que os sucessores recebem o processo no estado em que se acha.

Quanto aos acordos fora do processo, os sucessores recebem os direitos e deveres, salvo ineficácia contra os sucessores singulares. Ao endossatário não se estende a eficácia, porque o direito é seu, ainda que tenha havido acordo processual, ou introduzido no processo (Rudolf Pollak, *System.* 2a cd., 298; sem razão Hans Sperl, *Vereibarung der Zustãndigkeit,* 119).

É preciso que não se confunda acordo de competência, fora do processo, com escolha do lugar de execução da obrigação, o que não basta para a prorrogação (RudoLf PolIak, *Systern,* 2~ cd., 298).

Competência improrrogável (ou absoluta, Hans Sperl, *Lehrbuch, 1,* 145) *é a ratione materiae* ou pela razão da hierarquia. Portanto, também irrenunciável.

A prorrogação não tem acolhida se, sobrevindo o conflito de jurisdição, se estabelece a competência segundo a lei (2~

Turma do Supremo Tribunal Federal, 23 de janeiro de 1945, *R. E.*, 106,483).

Aliás, prorrogação não há se qualquer regra jurídica de competência *ratione*

*materiae,* como se se reconhece a *conflexitas causaram,* ou a razao de hierarquia, tem de incidir (8~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 21 de setembro de 195 *1,A. J.*, 102, 191).

*Art. 102. A competência em razão do valor e do território'), poderá modificar-se pela conexão ou continência* 2) *observado o disposto nos artigos seguintes.*

1. Valor e território Somente a competência pelo valor da causa ou pelo território pode modificar-se pela conexão ou pela continência. Os erros que verberamos ao Código de 1939 no tocante à confusão entre prorrogação e prevenção, pela conexão ou pela continência (nosso *Comentários,* JJ, 2a ed., 353 s. e 360 s.) foram corrigidos. No art. 102 do Código de 1973 já não se fala de prorrogação e claramente se diz que se pode modificar pela conexão ou pela continência a competência se é pelo valor da causa ou pelo território. Adiante, os arts. 103 e 104 definem conexão e continência. Mais adiante, no art. 106 cogita-se da prevenção: se há duas ou mais ações que correm em separado e é comum o objeto ou a causa de pedir (conexão), o juízo, que antes do outro ou dos outros despacha, está prevento. Não se poderia estender tal regra jurídica aos casos de continência.

No art. 102, que fala de modificabilidade da competência em razão do território, não se pode incluir a ação fundada em direito real sobre imóvel quando o litígio é concernente a direito de propriedade, vizinhança, servidão, posse, divisão e demarcação de terras e nunciação de obra nova (art. 95). Não se diga que há contradição entre o art. 95 e o art. 102, pois, a despeito de se ter posto o art. 95 na Seção III, que é sobre a competência territorial, é mais de competência funcional (Seção II), razão por que, não cabendo no art. 95, pode haver a modificação por acordo (cf. art.

111 e l0e 2º).

No art. 108 fala-se da propositura da ação acessória, que há de ser no juízo da ação principal. No art. 109, de que ojuiz da causa principal também é competente para a reconvenção, a ação declaratória incidente e outras. Não devemos meter os dois artigos no assunto do art. 103. O que lhes é comum é a modificabilidade da competência.

2. Conexão e continência A conexão ou a continência pode modificar a

competência se essa se prendia ao valor ou ao território. A prevenção não modifica, porque apenas se pôs à frente uma das competências. Não se tornou competente juízo que não era.

Na Seção IV fala-se de modificações da competência (arts. 102-1 11), mas, na Seção V, que é sobre a declaração de incompetência (arts. 112-124), há o art. 114 onde se diz: “Prorroga-se a competência, se o réu não opuser exceção declinatória do foro e de juízo, no caso e prazo legais”. A modificabilidade da competência resulta da convicção do legislador de que, em se tratando de competência em razão do valor e do território, as regras jurídicas foram edictadas para atender ao interesse dos litigantes. *Aliter,* se a competência foi fixada em razão da hierarquia e da matéria. A competência com fundamento hierárquico tem por fito a observância do interesse estatal, constante de leis federais e estaduais ou de Resolução sobre Organização Judiciária.

Quanto à competência em razão de território, a despeito do que se estatui no art. 102, há o art. 95, em que se acentua que, nas ações fundadas em direito real sobre imóveis, competente é o foro da situação da coisa. Há permissão limitada de opção pelo foro do domicilio ou de eleição (art. 95, 2a parte). Mas não cabe a modificação de competência, conforme o art. 102.

*Art. 103. Reputam-se conexas ‘)duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir.*

1. Conexão Conexão é conceito a que a ciência chega no momento de se lhe apreciarem os efeitos, durante a lide, desde a petição à eficácia da sentença. Diferente da conexão (arts. 102, 103 e 105), onde se precisa que a conexão se refere ao objeto da demanda ou quanto ao título ou fato que lhe sirva de fundamento, a *causa petendi,* é a comunhão de interesses. O sentido mais largo, que não é o do art. 103, faz o conceito abranger: 1) A pluralidade de sujeitos com a comunidade de pessoa, coisa ou causa de pedir. 2) A unicidade de sujeito, por ser comum a coisa ou causa de pedir.

3) A relação de acessório a principal, como seja corre demanda sobre o principal e o réu mudou de domicilio depois de proposta a ação e antes de se pedirem os interesses, danos, frutos ou despesas ulteriores. 4) Os casos de chamamento ou de nomeação à autoria, porque, quer na litisdenunciação, quer na *nominatio auctoris,* a conexão é que faz o chamado ou nomeado ter de comparecer ao foro

da parte primitiva. 5) O caso de reconvenção, porque éa conexão que a justificaria, posto que a reconvenção prescindisse da conexão no antigo direito germânico e no direito canônico: ou ocorre quanto ao título do autor, ou por haver identidade do direito em questão e diversidade de demanda *(e. g.,* o autor pede a declaração da simulação e, pois, a anulação de um contrato e o réu reconvém pedindo exatamente que a coisa lhe seja entregue por não ter sido simulado o contrato), ou por serem vários os direitos e haver unidade da relação jurídica *(e. g.,* o autor pede o pagamento dos aluguéis, e o reconvinte, a entrega da coisa locada), ou quando haja variedade dos direitos e variedade de relações jurídicas *(e. g.,* o autor pede reconhecimento da filiação e o pai, reconvinte, pede a prestação de alimentos), ou variedade de demandas excludentes entre si, posto que não em relação de afirmativa e negativa; ou pela conexão com o titulo deduzido em exceção. 6) O caso de opor o réu a compensação. 7) Se, no curso da execução, surge incidente de mérito entre as partes ou com terceiro, pondo em perigo, algumas vezes, o resultado da execução.

Diante do que dissemos, temos de examinar as espécies para que não se substitua pelo sentido largo o sentido que está na definição feita pelo art. 103, que alude à *comunidade* do objeto ou da causa.

Em todas essas espécies a conexão opera, e opera por si só, *num só tempo.* Se há lapso entre as causas propostas em juízos competentes, ainda que se invoque, durante a primeira, a conexão, a figura é a *da prevenção.* A conexão determina a competência; porém a competência não determina a conexão.

Para que se dê a competência pela conexão, não é preciso que duas autoridades judiciárias tenham de competir ou conflitar-se. A conexão é independente disso e firma-se, tendo efeitos que só dependem dela mesma. A diferença da prevenção, a conexão determina. E determina, “modificando” a que havia, isto é, a competência geral ou alguma outra. Juizes competentes para as mesmas causas podem ter de apreciar a conexão; e ao mesmo juízo às vezes se pede que reconheça a conexidade das causas. Porque a conexão não funciona somente como elemento determinador da competência; tem efeitos fora desse.

São ações conexas, por exemplo: *a)* a ação de despejo e a de consignação dos aluguéis (l~ Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 3 de junho de 1947, *R. dos T,* 169, 685; 2~ Câmara Civil, 16 de dezembro de 1947, 172, 219); *b)* a de despejo e a de renovação de contrato de locação ou a ação sobre prorrogação da

locação; *c)* a ação possessória e a consignação de aluguéis, com a negação da relação jurídica de locação (5~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 30 de maio de 1950, *D. da 1.*, de 10 de março de 1951); *d)* a ação executiva para cobrança de títulos cambiários contra o comprador e a ação de resolução do contrato de compra-e-venda a que os títulos correspondem (8~ Câmara Cível, 20 de junho de 1950, *R. F.*, 142, 224); *e)* a ação de resolução de contrato de locação e a de renovação do mesmo contrato (2~ Câmara do Tribunal de Justiça de Goiás, 9 de março de 1951, *R. dos T.*, 203,575).

Há um problema delicado. Se A propôs ação contra B para haver os aluguéis que B devia desde a data do começo do ano, e B alega que A vendera a C o bem e C lhe vendera a A, ~.pode o juiz, diante das provas, decidir a ação contra A? Se o juiz, ai, não tinha competência *ratione materíae* para proferir sentença quanto ao direito real sobre o imóvel, que não estava situado na extensão do seu foro, seria absurdo atribuir-se eficácia de sentença sobre direito real a juiz que não teria por si o art. 95.

A interpelação por si só não estabelece a competência pela conexão; *e.g.*, pode-se interpelar e propor a ação por distribuição, noutro juízo (cf.2~ Turma do Supremo Tribunal Federal, 2 de janeiro de 1948, *R. F.*, 119,427).

Para que a conexão se faça vinculativa, é preciso que tenha sido *válida* a citação na primeira ação proposta, ou que se haja sanado a nulidade da citação. A distribuição, só, não fixa o juízo. Se duas ações conexas, foram distribuídas, e numa delas foi feita a citação nulamente, a competência firma-se a favor da outra, se for válida a citação que se faça.

Se ambas as citações são nulas, a fixação será a favor da ação em cujo processo se der primeiro a sanação. Se faltou citação num deles, a comparência do réu supre a falta (art. 214, §§ 10 e 20), de modo que à data da comparência se fixa a competência, para atração pela conexão. Sobre exigência da validade da citação, a 6~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a 23 de janeiro de 1948 *(A. J.*, 87, 124).

Tem-se criticado a terminologia das leis processuais no tocante à“competência por conexão”. Entende-se que a conexão não determina competência; apenas modifica a competência. A conexão atua inicialmente, ou sucessivamente: inicialmente ao mesmo tempo; sucessivamente, se a conexante é proposta antes

da que se vem conexar.

A conexão ocorre se uma ação é *conseqUente* a outra *(e. g.,* restituição da coisa, em virtude de decretação de invalidade, resolução, resilição ou rescisão), ou *dependente* de outra (ação quanto a juros e outros interesses, despesas, indenização). O art. 102 do Código de Processo Civil de 1973 afastou que se não atendesse à conexão, ou à continência, se há competência pelo valor ou pelo território.

A conexão por se tratar de garantia é conexão por dependência. O juiz competente para a ação de condenação é competente para conhecer e julgar a ação contra o fiador; o juiz competente para a ação executiva contra O devedor é competente para a ação contra o credor hipotecário.

A conexão subjetiva é a que deriva de ligação entre réus ou entre autores, sem dependência (credores solidários, devedores solidários).

A conexão é objetiva quando o objeto ou o título é que conexa (ação contra condôminos, ou contra comuneiros na comunhão *pro diviso,* ação do devedor solidário que pagou todo o débito contra os co-devedores).

Há conexão por prejudicialidade quando o autor põe uma das ações como *quaestio praeudicialis,* ou o réu levanta questão que é prejudicial à ação proposta, ou à própria reconvenção, ou quando a lei mesma ou a natureza da ação proposta, ou da reconvenção, o determine.

Há conexão por compensação quando o demandado, que tem de solver dívida, alega que tem crédito contra o autor (antes e em alguns sistemas jurídicos se tem a alegação como exceção).

No direito brasileiro, a reconvenção não é caso de competência pela conexão. Na reconvenção, a conexão, diante do que se passa com a ação proposta, dá ensejo à contra-ação. Quer-se reconvir porque a ação de reconvenção se funda em algo que é conexo à ação principal ou ao fundamento da defesa.

É competente para as ações de despejo e de depósito em consignação de pagamento de aluguéis o juiz da causa que primeiro foi aforada (5~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 31 de agosto de 1945, *R.F.,*

106, *500),* salvo se o fundamento da ação de despejo não é firmado em inadimplemento de aluguel (4~ Câmara Cível, 11

de janeiro de 1946; ~a Câmara Cível, 12 de julho de 1946, *R. F.*, 108, 312). É preciso que haja a conexão (2~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 25 de agosto de 1947, *R. dos T.*, 170, 263; 6~ Câmara Civil, 2 de abril de 1948, 173, 603).

Há conexão: *a)* entre a ação de renovação de contrato de locação e a ação proposta pelos sublocatários (4~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, *5* de outubro de 1945; *b)* entre a ação de depósito em consignação de pagamento e a ação possessória, se a sentença de uma excluiria a de outra (7~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 3 de junho de 1947, *R. F.*, 115, 149, e *R. dos T,* 169, 685); *c)* entre a ação de depósito em consignação de pagamento e a de imissão de posse se o bem de que se trata e o negócio jurídico são os mesmos (4~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 31 de agosto de 1945); *d)* entre a ação de despejo e a de indenização, se a causa de uma é a da outra (6~ Câmara Cível, 16 de julho de 1946, R.F., 109,134).

As Câmaras Civis Reunidas do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 21 de janeiro de 1948 *(R. dos T.*, 173, 282), entenderam que é competente para julgamento da ação reivindicatória superveniente a Câmara que julgou o recurso na ação possessória entre as mesmas partes e sobre a mesma *res.*

Sem razão; a Câmara, que apreciar a ação reinvindicatória, terá de considerar a coisa julgada material, que resulte da sentença na ação possessória, não mais do que isso.

*Art. 104. Dá-se a continência ‘)entre duas ou mais ações sempre que há identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o das outras* 2) 1. Conceito de continência Na língua portuguesa, há três significados de “continência”, um que é o de conteúdo, como a continência de uma carta (Amador Arrais, *Diálogos,* Coimbra, 1604, 2~ ed., 383), ou de um sitio ou de uma casa ou de uma garrafa, outro o de cortesia militar, com a espada, a bandeira ou outra arma ou símbolo, feita a superior, ou gestos, e o terceiro é o de conter-se, coibir-se, evitar ato próprio ou omissão. A expressão “continência”, referente à causa, vem de séculos na língua e no direito

português. É a relação entre duas causas, entre duas ações, por uma conter em si, como parte, a outra. A confusão com a conexão perdurou muito tempo, principalmente em leis e juristas italianos. Não se hão de confundir com a acessoriedade a conexão e a dependência. Na continência uma causa há de estar totalmente compreendida (contida) na outra. Assim numa há de cogitar de continência parcial (a causa *a* contém a causa *b* mas não toda: *a* é a mais ampla, porém abrange quase toda *b*, e não toda). Aí, o que pode acontecer é que haja pressupostos suficientes para a competência pela conexão, ou para a reconvenção.

Na técnica legislativa tinha-se e tem-se de evitar que se reduza a um só o elemento contenutístico (mesmas partes, mesma *causa petendi*, mesmo *petitum*, mesmo objeto).

Se há duas ou mais ações com a continência por uma, a propositura já pode ser perante o juiz competente para a causa maior. Não há, aí, prevenção (erro em que incorreram Bruno Fabi, Disciplina della pronuncia di incompetenza per continenza di causa, *Studi in onore di* Eula, 1, 425 s., e Giulio Gioufrida, Appunti suíla connessione e continenza di cause, *Rivista TrimestraIe di Diritto e Procedure Civile,* XIV, *150).* Ojuiz da ação de causa maior era e continua competente, sem que o da causa menor pudesse prevenir. Mesmo se o juiz disse conhecer da causa menor antes, o da causa maior pode chamar no seu juízo a causa menor. Falar-se ai de prevenção, advirta-se, é levar a confusões conceptuais. A causa menor é apenas elemento contenutístico da causa maior, causa continente, razão para que se há de considerar competente o juiz para as duas, ou mais, sem ter de prevenir. Nem o poderia o outro juízo.

Outro problema: ambos os juizes seriam competentes pelo valor, e o juiz da causa menor conheceu do pedido antes do juiz da causa maior. O juiz da causa menor alegou a prevenção não pela continência, o que seria erro, mas por haver conexão, aí, sim, há juízo prevento. Ambos eram competentes e a um foi anteriormente pedida a tutela jurídica. Não se evita, em tal caso, o *duplex iudicium;* aplica-se a regra jurídica de competência.

O juízo petitório, como o da ação de reivindicação, não pode conter o possessório, como o título de direito real não contém o direito de ressarcimento pelo dano. Há, todavia, continência, se o *petitum* abrange muitos títulos, com a mesma *causa petendi* e as mesmas partes. Aí, há identidade de partes, da causa

de pedir, e o objeto de uma das causas abrange todo o conteúdo da outra.

Se uma das causas depende da decisão da outra causa, cujo objeto é diferente (não o mesmo), continência não há.

Nem basta poder ser resolvida a questão *incidenter tantum*, porque aí se estaria a prever o possível efeito do julgado.

A causa de pedir é um dos pressupostos da conexão e um dos pressupostos da continência. No art. 103, que define a conexão, há a alternativa: existir objeto comum, *ou* comum a causa de pedir. No art. 104, que define a continência, não há alternatividade: tem de haver identidade das partes e da causa de pedir, bem como o objeto de uma das ações ser mais amplo que o da outra ou das outras ações e abrangê-lo. A despeito do elemento comum *poder ser* a causa de pedir (pode não haver na conexão, a que basta existir objeto comum), não se há de explorar ao Código de 1973, arts. 103 e 104, firmar a distinção. Há quem chegue a dizer que o art. 104 é inútil. Nem uma nem a outra regra jurídica de definição constava do Código de 1939, posto que houvesse o art. 148 e o art. 134, ~ 2~.

2. Competência e continencialidade Se para a causa menor (a causa contida) competente, pelo valor, seria outro juízo, não se há de afastar a reunião das ações propostas em separado, a fim de haver decisão simultânea; e pode o juiz da causa maior, de ofício ou a requerimento das partes, comunicar ao juiz o ocorrido, para que lhe remeta os autos a fim de que se reúnam. O requerimento pode ser feito diretamente ao juiz da causa menor e comunicado ao da maior, que vai receber os autos da causa menor. Seria difícil dar-se circunstância que permita, nesse caso, a determinação de ofício do juiz da causa menor, porém não impossível, com invocação da inconveniência do *duplex iudicium.*

O art. 106 fez bem em só falar de *prevenção* a respeito de ações conexas, porque, no tocante às ações entre as quais há continência, o juiz que despacha primeiro não se fez juízo prevento. Não houve ato que preveniu (fez vir antes) o juízo da causa maior. O que determinou a competência e o chamamento foi a continência, assunto de regra jurídica diferente (arts. 102, 104 e 105), e não conexão, que leva à prevenção (arts. 102, 103 e 106). O juiz da causa menor, na hipótese, não poderia prevenir.

*Art. 105. Havendo conexão ou continência, o juiz, de oficio ou a requerimento*

*de qualquer das partes, pode ordenar a reunião ‘)de ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente* 2) 3) 4) 1. Reunião de ações conexas e desmembramento de processo O conteúdo da regra jurídica do art. 105 pertence ao que se chama *direção material do processo.* O juiz, quando lhe requeiram, ou de oficio, pode ordenar a reunião de ações conexas, ou continentes ou pertençam às mesmas partes, ou a litigantes distintos. No caso de requerimento, o juiz não é obrigado a ordenar o que lhe requerem e tem a apreciação da espécie para, no caso de suposta conexão, ou continência, verificar se há, de fato, conexidade, ou continência. O art. 292 e §§ V’ e 20 foram muito longe na permissão de cumulação, de modo que, no tocante ao art. 105, a atitude do legislador foi *afortiori.* O juiz não pode mandar reunir o que não é conexo, ou continente, ou não satisfazer o art. 292 e §§ l~ e 20, nem desmembrar o que deva correr no mesmo processo, ou em apenso. Por outro lado, o art. 105 não é regra de competência, mas simples princípio de direção material do processo, *dentro do juízo (verbis* “pode ordenar”).

Se bem que, sendo diversa a forma do processo, a cumulação só seja permitida se adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento (art. 292, § l~, III), ou se o autor empregar para todos os pedidos o rito ordinário (art. 292, § 20), essa dificuldade cessa, para a aplicação do art. 105, se a diferença da forma já seria inoperante. A regra jurídica supõe poder do juiz já depois da propositura da ação, no que é inconfundível como o art. 292, §20 (“se o autor empregar o procedimento ordinário”). Além disso, quando vários locatários de uma casa demandaram, e foram demandados, separadamente, pelo locador, sobre o mesmo ponto de contrato, se bem que em ritos diferentes, nada obsta a que o juiz reúna os processos quando essa reunião lhe possa facilitar o estudo e a decisão, a despeito do rito deles.

2. Momento até o qual o juiz pode reunir As providências que o juiz pode tomar, com fundamento no art. 105, têm de ser antes de proferida a sentença. Portanto: depois de conclusos os autos, para que profira, ainda lhe é dado baixá-los para reunião; depois de proferida a sentença, ainda que nela haja discriminado cada uma das ações, cada um dos pedidos, ou o que tocará às partes, o óbice legal, ainda que haja decidido do mesmo modo as diferentes ações conexas. Tampouco seria admissível que o juiz proferisse mais de uma sentença, por lhe parecer que os pedidos deveriam ser separados. Teria ferido o pressuposto da simultaneidade. O art. 105 é regra de arbitrio. O juiz pode fazer uma ou outra coisa, mas arbítrio

judicial absoluto não há no art. 105: é preciso que haja conexidade ou continência, para que mande reunir. As partes têm interesse em examinar o ato do juiz que o ordene.

A ja Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 12 de janeiro de 1942 *(R. dos* 71, 135, 555), leu a regra jurídica como de arbítrio não-absoluto; porém parece que, na espécie, havia conexão: *às vezes* há conexão entre petitório e possessório.

3. Dependência e apensação O exemplo à nota 1) é de conexão ou de continência. O processo apensa-se àquele de que é dependente; se um dependo do outro, ao que foi instaurado em primeiro lugar.

*4.* Desmembramento e reunião No Código de Processo Civil de 1939, havia o art. 116, 2a parte, em que se permitia ao juiz ordenar, de ofício ou a requerimento da parte, antes de finda a instrução, o desmembramento dos processos reunidos. O Código de 1973, no art. 105, não se referiu ao desmembramento; nem há no Código de 1973 regra jurídica que corresponda à do Código de 1939, art. 94. Resta saber-se como se há de entender qual tem de ser a atitude do juiz se, antes de iniciada a audiência, verificar que não havia qualquer pressuposto suficiente para a reunião. Sobre o Código de 1939, escrevemos o que era de mister (

*Comentários*, fi 2a ed., 223). Mas temos hoje de atender ao que acontece em muitos casos de ações.

O art. 102 cogitou da modificação da competência em razão do valor

e do território e, havendo conexão ou continência, pode haver a reunião das ações propostas em separado, para que seja simultânea a decisão (art. 105). Se as ações foram propostas em juízos diferentes, a parte interessada provoca a declaração de incompetência, alegando, como preliminar, na contestação, haver conexão (art. 301, VII). A reunião, de ofício, é dever do juiz, e não ato de arbitrio, a despeito do verbo “pode” que se acha no art. 105. Critica-se ao legislador falar de “reunião de ações propostas em separado”; mas “ações”, aí, está no sentido do direito processual: reúnem-se elas; portanto, os processos.

Pode ocorrer que vários processos estejam unidos reunidos, apensados, etc. e o

juiz ache que não o deviam estar. Ou porque duas ou mais pessoas demandaram o mesmo réu, ou porque duas ou mais pessoas foram demandadas, e não ficaram satisfeitos os pressupostos para a união dos processos, inclusive quando o ordenou, antes, de oficio, o próprio juiz. Se entende que maior esclarecimento lhe resultaria desmembrando os processos, pode fazê-lo, desde que lho não proiba a lei, como se daria no caso, por exemplo, de a sentença depender da presença de todos os autores ou de todos os réus. No momento em que deu por finda a instrução já lhe falta o poder de demembrar; portanto, tem de ser *antes* de fixar os pontos para o debate oral. Idem, se aplica em casos de cumulação objetiva.

Nas duas regras jurídicas uma expressa, e outra não atende-se a interesses processuais contrários: ao interesse de reunião de processos que ocorriam separados, porém cuja proximidade material e cuja possibilidade de exame simultâneo se impõem; ao interesse de desmembrar o que correra num só corpo, por não existir a necessidade daquela proximidade e daquela possibilidade de exame simultâneo.

*a)* Antes de proferida a sentença, portanto ainda depois de finda a instrução de um deles ou de todos, pode o juiz de oficio ou a requerimento de qualquer das partes, ordenar a reunião de ações conexas. Observe-se, porém, que tal regra jurídica nada tem com o tempo em que há de ser pedida a litisconsorciação. Apenas se refere à necessidade de junção de causas para a decisão, que, em certos casos, e não em todos, tem de ser dada simultaneamente. A conexão não produz litisconsórcio necessário, nem, tampouco, unitário. A própria unicidade da sentença é outra coisa que a unicidade ou mesmidade do *decisum.*

A reunião tem por fito permitir a aproximação material para que se evite discrepância entre as decisões. Se já foi proferida a sentença, não há razão para se mandar que se reunam os autos de uma causa aos da outra (1~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 28 de fevereiro de 1950, *R. dos T.,* 185, 133); porém, havendo recursos nas duas ou mais ações para o mesíno corpo julgador, a regra jurídica é invocável pelos juizes ou pelo interessado.

*b)* Omitiu-se no art. 105 exatamente a espécie contrária. Antes de finda a instrução, havemos de entender que pode o juiz ordenar, de oficio, ou de requerimento de qualquer das partes, que se separem os processos que estavam reunidos.

Há limite a esse poder do juiz: se a *eficácia* da sentença exige a presença de todos os autores ou de todos os réus.

Não se pode, *apriori,* dizer, tampouco, que é nula a sentença proferida emn ações conexas reunidas se a decisão só se refere a um dos efeitos *(e.g.,* ia Câmara do Tribunal de Alçada de São Paulo, 27 de maio de 1952, *R.F.,* 147, 287).

Faltou decisão da outra ou faltaram decisões das outras. Ao juiz cabe a responsabilidade.

O despacho que manda reunir não tira ao juiz o poder de, posterior-mente, achando que não cabia a reunião, ordenar desmembramento ou desapensação. O que pode dar é que seu ato haja de ser apreciado na superior instância, por infringência do art. *105* e do art. 125, 1, II *e* III, ou seja sujeito ao art. 133 e parágrafo único.

O art. 105 nada tem com o litisconsórcio necessário, nem com o litisconsórcio voluntário por simples afinidade de questões sobre ponto comum de fato ou de direito. O art. 105 só se refere às ações conexas e continenciais. O juiz já seria competente para conhecer dos pedidos e julgá-los; deles conheceu; manda que se reúnam os processos para os poder julgar simultaneamente. Cp. Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto lei n0 5.452, de Y' de maio de 1943, art. 842): "Sendo várias as reclamações e havendo identidade de matéria, poderão ser acumuladas num só processo, se se tratar de empregados da mesma empresa ou estabelecimento". A tendência é para afeiçoar o texto legal aos aris. 51

e 105 do Código de Processo Civil.

*Art. 106. Correndo em separado ações conexas perante juizes que têm a mesma competência territorial* 2), *considera-se prevento* ') *aquele que despachou em primeiro lugar.*

1.Conexão e prevenção A conexão, a que se refere o Código de 1973, foi definida no art. 103, frisando- se que há de haver o objeto comum com a mesma causa de pedir. Supõe-se a competência dos dois ou mais juizes. A conexão pode dar ensejo a litisconsórcio, o que fez irradiar-se a mesma sorte, *subjetivamente,* mas há outras espécies de litisconsórcio sem ser o do art. 46, III. Se ocorre a

competência pela conexão e também litisconsórcio, a pluralidade de autores e de partes compõe a figura do litisconsórcio (art. 46, III) e a da competência pela conexão, com a prevenção (arts. 103 e 106).

O rt. 106 cogita do que por vezes acontece: estarem correndo em separado duas ou mais ações conexas perante juizes que têm a mesma competência territorial e ter-se de evitar o *duplex judicium.* A lei fez automática a unificação: prevento está o juiz em que primeiro se despachou a petição. Pode ter sido no mesmo dia, o que exige a averiguação quanto ao momento. Se a segunda ou qualquer posterior petição é levada a despacho e outra parte alega que já despachara a sua, tem de comunicar, como prova, ao juiz, que assim, no despachar, dever dizer que houve prevenção a favor de outro juízo. A prevenção não cria competência: só previne.

O art. 106 tem sido vítima de interpretações absurdas, como a de se entender que bastam a conexidade das ações e mesma, competência territorial para que se afaste a invocação do art. 219, onde se diz que a citação válida toma prevento o juízo. Ora, a regra jurídica do art. 219 é sobre bastar a citação para que fique prevento o juízo. O art. 106

sempre que já estejam correndo em separação ações conexas e, não tendo sido opoSta exceção de incompetência, os figurantes das relações jurídicas processuais, tem de ser afirmada a prevenção da competência pelo juiz que despachou em primeiro lugar. A regra jurídica do art. 106 é excepcional, diante do conteúdo do art. 219. Dai remetermos aos comentários a este artigo (Tomo ~ 2~ ed., nota

2).’<>~ Esperamos que a jurisprudência siga o verdadeiro caminho para a exegese dos arts. 219 e 106. O que se teve por fito foi evitar-se que duas ou mais ações corram em diferentes juízos, a despeito de todas serem competentes: tudo ocorreu sem que se decidisse quanto à prevenção, porém não se pode levar ajuizes diferentes a função de sentenciar; as relações jurídicas processuaisj á estão compostas, angularmente, mas não é o interesse do réu que está à frente, o que ocorre nas espécies do art. 219, razão porque não se apura qual a citação que foi a primeira, e sim o interesse de quem fez surgir a primeira relação jurídica processual entre autor e juiz (Estado).

2.Competência territorial A lei alude à competência territorial, para não tratar da

prevenção se as competências são de duas ou mais comarcas. Não dispensa as outras competências, como se uma delas é no tocante a entidade estatal.

O art. 107 é regra jurídica que abre brecha ao art. 106, no tocante à competência territorial.

109

1dem,na3~ed.

Se, por terem dois ou mais juizes a mesma competência territorial, correm em separado duas ou mais ações, houve a prevenção da competência desde o mesmo em que foi despachada em primeiro lugar a petição inicial de uma delas.

Dá-se isso se as ações foram propostas em diferentes juízos. Se no mesmo juízo, A, que é um dos juízos competentes, foram propostas duas ou mais ações, e outras em diferentes juízos, B e C, e uma das que foram propostas no juízo A foi a que teve a petição despachada em primeiro lugar, para as ações propostas nos juízos B e C houve a prevenção.

Quanto às ações propostas em separado no juízo A, apenas há a reunião delas. Quanto às ações nos juízos B e C, há a alegabilidade da incompetência, pois prevento o juízo A. O art. 106 só se referiu a ações conexas, perante juizes, que têm a mesma competência territorial, isto é, a prevenção a favor do primeiro despacho. Se as ações conexas correm em juizes de diferentes competências territoriais, a primeira citação válida toma prevento o juízo, induzindo a litispendência (art. 219). Tem-se de verificar qual a primeira citação válida (não o primeiro despacho), porque é isso que leva à prevenção. Pode acontecer que todas as citações feitas no juízo da comarca X sejam anteriores às citações feitas nas comarcas Y e Z. Então, o juízo da comarca X tem de considerar prevento o foro que despachou em primeiro lugar, seja um só o juízo da comarca, sejam dois ou mais os juízos da comarca. Dentro da comarca o que importa éo primeiro despacho. Nas relações com as outras comarcas, é a primeira citação. Por isso, se, na comarca X, a citação foi anterior a qualquer outra nas comarcas Y e Z, tal citação fez prevento o foro da comarca X. Pergunta-se: se na comarca X, à primeira citação não correspondeu o primeiro despacho, i,como se há de resolver? Temos de atender ao art. 219, mas sem se desrespeitar o art. 106. A citação pôs a comarca X antes da comarca Y e Z, porém, dentro da comarca X,

havemos de pôr em primeiro lugar a juízo em que houve o primeiro despacho, mesmo se a citação em relação às outras que na comarca se fizeram. O art. 219 tratou da prevenção, sem entrar na apreciação do que se passa quanto ajuizes da mesma competência territorial, em se tratando de ações conexas. O que mais importa é interpretarmos as leis do que lhe apontarmos defeitos. O legislador de 1973, no art. 106, afastou-se do Código de 1939, art. 166, 1.

*Art. 107. Se o imóvel se achar situado em mais de um Estado ou comarca* '), *determinar-se-áo foro pela prevenção* 3), *estendendo-se a competência sobre a totalidade do imóvel* 2) 1.Imóvel aquém-limites e além-limites O problema de técnica legislativa, a respeito dos imóveis por sobre fronteiras internacionais antes da Constituição de 1934, envolvia o de direito interlocal (interestadual) e o de direito estadual, aquele devido à pluralidade de legislações processuais. O primeiro desapareceu e tem hoje valor só histórico. Mas relembrá-lo é o melhor comentário ao art. 107 e à sua solução. No único estudo que se publicara no Brasil sobre o direito processual interlocal (a respeito, nosso escrito Problema de direito processual interlocal, *Ciência do Direito,* 1934, 1, 200-202>, expusemos e analisamos a legislação, e aqui dele extratamos a parte que nos interessa.

Os casos dos imóveis que ultrapassam os limites interestatais constituem um dos mais interessantes problemas do direito internacional privado e do direito processual internacional. Não o é menos no direito processual interlocal, e, até intralocal. A *Consolidação das Leis do Processo Civil,* de Antonio Joaquim Ribas, não cogitou dos imóveis situados em mais de uma circunscrição. Igual silêncio no Reg. n0 737, de 25 de novembro de 1850, e nos Códigos de Processo Civil do Distrito Federal, da Bahia e outros. No Rio Grande do Sul (art. 128), dizia-se competente o foro da situação de qualquer dos imóveis, quando situados em mais de um distrito ou município. No de Minas Gerais, não se inseria tal regra, que, note-se bem, nada. tinha com a hipótese dos imóveis a cavalo.

Ambos, porém, feriam o problema de direito processual intralocal (intercircunscricional, intermunicipal). O do Rio Grande do Sul, depois de dizer que, nas ações de demarcação e divisão de terras, era competente o foro da situação do imóvel (art. 130), estatuía (art. 131): "Acontecendo que o imóvel seja atravessado pela linha divisória de duas ou mais jurisdições, deve prevalecer: *a)* o foro do lugar em que estiver o maior número de estabelecimentos ou arranchamentos dos co-proprietários; *b)* o da escolha do autor, se o imóvel for totalmente inculto". O Código de Processo de Minas

Gerais (art. 85, *§* 10) determinava: “Se o imóvel, dividendo ou demarcando, for atravessado por linha divisória de dois ou mais termos do Estado, será competente: *a)* o foro do lugar onde existir o maior número de estabelecimentos ou arranchões dos co-proprietáios; *b)* o foro escolhido pelo autor, se o imóvel for totalmente inculto”. No *§* 20 prevenia-se que “em qualquer desses casos, ficará o juiz da causa com a jurisdição prorrogada, para todos os atos do processo, nos lugares situados fora dos limites do seu território”. No Código de Santa Catarina (art.

538) refletia-se o exemplo mineiro: “Se o imóvel dividendo, ou demarcando, for atravessado por linha divisória de duas ou mais comarcas do estado, será competente: 1, o foro do lugar onde existir o maior número de estabelecimentos dos condôminos: II, o foro escolhido pelo promovente, se o número for igual em cada comarca, ou se o imóvel for totalmente inculto”. No Código do Estado do Rio de Janeiro (art. 1.402), “sujeito o imóvel a mais de uma jurisdição, o juiz, perante o qual tiver sido proposta a acão ficará com a jurisdição prorrogada para praticar todos os atos judiciais fora dos limites de sua circunscrição territorial”. Os três Códigos cogitavam de limites intralocais, ditos intra-estaduais, e não de limites interlocais ou interestaduais. Regras, portanto, de direito processual interlocal ou intraestadual. O Código de Processo de Minas Gerais (art. 85, *§* 30) e o de Santa Catarina (art. 541) continham princípios de direito interlocal ou interestadual. Dizia o primeiro: “Se o imóvel for atravessado pela linha divisória do Estado com outro Estado limítrofe, serão deprecados pelo juiz da causa ou do termo ou comarca limítrofe os atos necessários para se completar a divisão ou demarcação”. i,A regra supunha a prevenção ou a prorrogação da jurisdição, em direito processual interlocal? O principio não resolvia a questão da determinação, hem a da estadualidade da legislação. Aí se evidencia, mais uma vez, a diferença entre o raciocínio em direito processual interlocal e em direito internacional. Não seria fácil, nesse, a solução. Naquele, o fato de pertencerem ao mesmo país os dois territórios toma princípio irrecusável a prevenção das jurisdições no caso dos imóveis a cavalo sobre os limites. No plano do direito das gentes, a regra, *de iure condendo,* poderia ser a de prorrogação ou a de prevenção.

Com a unidade da legislação processual, considerando-se preventa a jurisdição sobre toda a extensão do imóvel, todos os atos processuais podem ser ordenados pelo juiz da causa no tocante a imóvel ou imóveis ditos a cavalo, sem

necessidade de carta precatória. Os oficiais dejustiça, os peritos, os avaliadores e o escrivão podem tratar dos atos como se o imóvel ou os imóveis estivessem sob a jurisdição do seu juiz. Se no território do outro Estado está situado outro imóvel objeto de causa, sobre esse nenhum ato processual pode recair, pois a jurisdição preventa não vai até ele.

O imóvel pode ser por sobre a fronteira de comarcas da mesma unidade política, ou por sobre fronteiras de dois Estados-membros diferentes, ou de um Estado-membro diferente, ou de um Estado-membro e o Distrito Federal ou Território ou entre Territórios.

Na espécie do art. 107, dois ou mais juizes são competentes; a prevenção é que fixa a competência, sem que se tenha de apurar onde é a sede da empresa que o explora (cf. 5a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 8 de fevereiro de 1952, *R. dos T.,* 199, 390). *Aliter,* se a competência tem de ser segundo as regras jurídicas especiais.

2.O que a regra jurídica não alcança O Código concebeu o art.

107 como corolário do art. 95, deixando fora do seu alcance: *a)* o caso do inventário e partilha em que, fixada a competência na conformidade do art. 96 pelo domicilio do decujo, algum imóvel se ache na sucessão, *b)* o caso em que, estando por algum motivo que não a situação do imóvel, determinada a competência, o imóvel pode ser relevante e ter-se de recorrer ao art. 107, na falta de domicílio certo (art. 96, parágrafo único, 1), atendendo-se, porém, à ressalva do ari. 98, parágrafo único, II, que prevê bem em lugares diferentes. No caso *b),* ou se interpreta por analogia, dispensando-se a precatória, ou se trata o fato da biestadualidade ou bicomarcidade do bem imóvel como insuficiente para essa dispensa. Não cabe falar-se de prevenção, porque não está em causa competência para o processo e sim sobre jurisdição. Portanto, se bem que seja de lamentar-se não haver regra jurídica explícita, a analogia não se justificaria, por ser o art. 107 sobre competência e complemento ao art. 95, e não a qualquer norma de competência. O

juiz que não é competente como foro *rei sitae* não pode invocar o art. 107.

3. Prevenção A respeito do Código de 1939, escrevemos nos nossos *Comentários,* J~, 2~ ed., 320. “Mais uma vez o Código encambulha prevenção e prorrogação. Ou a figura do art. 137 é a da prevenção (fixação de um dos juízos competentes, que passa à frente), ou é a da prorrogação *(prorrogação fori),* que faz competente foro que o não era.

Devemos interpretar o art. 137 como estabelecendo regra implícita de competência e explícita de prevenção. Não se pode falar de prevenção e ao mesmo tempo de prorrogação. Ou se fala de prorrogação (33 Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 16 de outubro de 1940, *R. dos T.,* 128,498), ou de prevenção. Mas prevenção é que é, pois a citação basta; não se espera que os outros interessados deixem de propor exceção de incompetência. Trata-se de regra de direito federal por sobre limites de Estados-membros, ou outras unidades do país, ou dentro delas”.

Felizmente, atendendo-nos, o Código de 1973 riscou a referência, erradíssima, a prorrogação: “determinar-se-á o foro pela prevenção, estendendo-se a competência sobre a totalidade do imóvel”.

Não importa qual a extensão que tem a parte que está situada numa comarca, ou numa entidade intraestatal, e a que tem outra parte, ou têm outras partes, situadas noutra comarca, ou noutra entidade intraestatal, ou noutras comarcas, ou noutras entidades intraestatais. O juiz que despachou a petição, por ser situada na sua comarca uma parte, mesmo que seja a menor, fez preventa a jurisdição.

O art. 107 não diz o que é previne: ~,o primeiro despacho (art. 106), ou a primeira citação (art. 219, sobre a citação válida que torna prevento o juízo)? Mas temos de afirmar que o art. 107 supõe o art. 106. Tem-se apenas de saber onde está situado o imóvel, se numa comarca ou em duas ou mais comarcas. Como seria sutil e difícil estabelecer-se preferência quanto às duas ou mais comarcas ou Estados-membros, ou admitir-se a competência para o foro correspondente a qualquer das partes do imóvel. Com a prevenção pelo primeiro despacho (art. 106), o problema está resolvido. Os outros foros ficam postos de fora. Não se diga que se tem de recorrer ao art. 219, isto é, a regra jurídica de prevenção pela citação válida. A figura é mais próxima da que consta do art. 106: no art. 106, há ações conexas; aqui, no art. 107, há uma ação sobre a totalidade do imóvel, e os dois artigos concernem à modificação da competência.

A modificação é tal que o juiz, que despacha, já pode ordenar procedimento cautelar, às medidas provisórías que julgar adequadas, se há fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause lesão grave e de difícil reparação ao direito da outra parte (art. 798). Temos mesmo de entender que, se houve o despacho de requerimento da medida cautelar, já preventa está a competência (arts. 800, 801, 802 e 804), embora se haja de respeitar o art. 306.

Se houve indeferimento da medida cautelar, isto obsta a que se proponha a ação de que trata o art. 107; então, só assim se previne a competência. Todavia, se a ação já tinha tido o despacho, a competência está preventa, a despeito do indeferimento da medida cautelar. Se foi, por exemplo, despachado o pedido de arresto (arts. 813-821), ou de sequestro (arts. 822-825).

O juiz não precisa de carta precatória para a outra comarca ou para as outras comarcas e pode mesmo proceder a vistorias, avaliações, demarcaçoes, através dos seus funcionários, ainda que se trate de parte de imóvel situado noutro Estado-membro. O art. 107 é de lei federal, que regula o processo civil, e o assunto não se pode negar ao Congresso Nacional.

*Art. 108. A ação acessória) será proposta perante o juiz competente para a ação principal* 2)3) 1.Ações acessórias *Is enim de acessorio cognoscere debet qui cognoscit de principale.* A acessoriedade apenas constitui espécie de conexão por título ou por objeto, ou dependência, pela qual alguma ação se coordena ou se secundariza a outra. Num e noutro caso, essa pressupõe aquela. Se não é necessária a pressuposição de uma por outra,



não cabe invocar-se o art. 108. Outrossim, a regra jurídica exige que o juiz da causa

principal

tenha

competência. Correm, por exemplo, no juízo competente para a ação principal,

ainda quando a ser proposta o

depósito preparatório, a caução em causa pendente (arts. 826-838), as vendas judiciais (arts. 1.113-1.119), os

embargos de terceiros (arts. 1.046-1.054), o atentado (arts.

879-881), a falsidade de documentos, os protestos, as notificações e interpelações, as

justificações, a habilitação

incidente que corre nos próprios autos da causa (art. 1.055), a consignação em pagamento de juros vencidos (executivo hipotecário, 4~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 26 de novembro de 1949, *R.*

*F.*, 85, 353), a restauração de autos (arts. 1.063-1.069), a ação de honorários de advogado, de custas e despesas judiciais, de honorários dos peritos e dos avaliadores, de salários das testemunhas (art. 419), que todas se ligam ao juízo da demanda em que esses credores serviram. Entenda-se o juízo em que foi iniciada, e não o da instância dos recursos. Se foi iniciada no Supremo Tribunal Federal ou no Tribunal de Justiça, com invocação do art. 93, i,cabe-lhes, respectivamente, processar e julgar as ações acessórias? Pela negativa Pedro Batista Martins *(Comentários,* II, 60), por serem as regras jurídicas sobre competência dos Tribunais de Justiça de interpretação restritiva. A solução é inaceitável. A competência funcional não impede, sempre, a regra jurídica do art. 108. Se impedisse, as ações acessórias às causas e conflitos entre a União e os Estados-membros, ou entre esses, e aos litígios entre nações estrangeiras e a União ou Estados-membros correriam na justiça de primeira instância.

Entre a ação possessória e a de indenização por abuso do direito pode existir conexão; é difícil que se dê relação de acessório a principal (não impossível, como pareceu à 5a Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 13 de março de 1942, *A. J.*, 62,453). O juiz da consignação em pagamento, por haver dúvida relativa a quem deve receber, é o competente para a posterior cobrança do débito (1~ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 2 de março de 1942, *R. dos T.,* 137,483). Nos casos em que o processo acessório pode ser anterior ao processo principal, a jurisdição está preventa. Sem razão,

nesse ponto, a 4a Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 26 de novembro de 1940 *(R. F.,* 85, 353). É a questão de se saber se há, ou não, prevenção, tratando-se de conexão por acessoriedade. Tem de ser resolvida em *princípio geral,* e não casuisticamente, como está a querer a jurisprudência, dizendo, aqui e ali, "competente e esse , competente é aquele", ao pendor dos juizes.

O problema de técnica legislativa, a respeito dos processos acessórios, ou *(a)* se resolve mediante a formulação de regra jurídica que apenas diga ser o juízo do processo principal o competente para os acessórios, pendente a lide, *regra de atração,* ou *(b)* atende a que, além da atração contemporânea, há a atração em tempo diferente (se o acessório é anterior em propositura) e formula regras de prevenção e de atração.

O art. 108 formulou regra jurídica de atração antes da lide, ou pendente a lide, ou após a lide da ação principal, no que se afastou do Código de 1939, art. 138; e, em caso de *acessoriedade,* regra jurídica de prevenção, sem qualquer regra de atração quanto aos processos acessórios já propostos. Se os juízos A e B são competentes para a ação principal, também o são para o acessório: a citação no processo acessório *previne.* Se os juízos A e B só o são para o acessório e o principal, subordinam-se à regra de prevenção. *Iii connexis idem est iudicium.* Não nos esqueça que a acessoriedade é de certo modo, conexão, forma especial de conexidade, a conexão com coordenação e pressuposição, por uma, da existência da outra. Há, portanto, regra jurídica de prevenção pela fixação em caso de pluralidade de juízos competentes para a primeira proposta ou de um só juízo para a primeira e esse e outro ou outros para a segunda.

Se há acessoriedade, que é *relação,* há conexão; se há conexão, há determinação da competência. Pode ser um só o juiz. Podem ser dois ou mais. Todos, sendo, *ex hypothesi,* competentes, a citação em um deles *previne.* A simples notificação para aumento de aluguéis previne para o caso de haver dois ou mais juizes competentes para o depósito em consignação e para a discussão do assunto (4ft Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 30 de maio de 1940,R. *dos T.,* 133, 128).

2. Acessoriedade e competência pelo valor No caso de acessoriedade e competência pelo valor, há derrogação à competência do juiz superior. No sistema do Código, só a competência *ratione materiae* ou em razão de

hierarquia, é imodificável (arts. 102 e 111).

A principalidade a que se refere o art. 108 é a de direito processual, porque se supõe ter havido a propositura de uma ação a que se há de juntar outra, que se vai propor. Supõe-se, portanto, ligação de uma a outra. Tal vínculo pode ser profundo, como se a origem é toda a outra ação.

Quanto à competência, tem-se de atender à ação principal mesmo se já tem de ser proposta ou se já se propôs a ação acessória *(e.g.,* ação acessória de depósito preparatório, notificação ou interpelação). Sempre que a ação acessória tem de ser proposta antes ou após a ação principal, é pelas regras jurídicas quanto a essas que se determina. Se já passou em julgado a ação principal, é no juízo dessa que se há de propor a ação acessória.

Se a ação acessória foi proposta antes da ação principal, essa tem de atender ao que se julgou quanto à competência, porque se teve de examinar exatamente se seria competente para a ação principal. Pergunta-se: se ojuízo não era competente para a ação principal e aí se propôs a ação acessória, sem se respeitar a competência da ação futura.

~como há de proceder o autor da ação principal? Se absoluta a incompetência, nada feito para a ação acessória antecipada, nem, *afortiori,* para a ação principal (art. 102). Se relativa, há a incidência do art. 114 (prorrogação da competência). Assim, se a ação acessória somente pode ser em determinado prazo, como se competente é a União, no juízo federal, a ação principal pode não estar sujeita a isso, uma vez que não se podia modificar a competência (art.

102), e aí não há apenas competência pelo valor ou pelo território.

3. Ações oriundas de outras O art. 108 apanha a ação executiva de sentença, que é outra ação, após o trânsito em julgado, ou, excepcionalmente, antes disso (arts. 587 e 591). O juiz da ação é juiz da ação de execução em virtude do art. 575,”» e não só em virtude do art. 108.

Se a ação é oriunda ou acessória de outra, ainda, que já julgada *(*= trânsita em julgado a sentença), a competência é do juiz da causa-fonte ou da causa principal. Exemplos: *a)* em geral, as ações por custas e despesas do processo, inclusive honorários de advogado da outra parte a cujo pagamento foi condenado

o vencido; *b)* a ação de modificação *(e. g.*, art. 47),”> *c)* as ações de que trata o art. 469, após o trânsito formal em julgado da sentença que se pretende alterar; *d)* as ações relativas à tutela ou à curatela, se houve antes da nomeação de tutor ou curador (cf. *4a* Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 18 de outubro de 1950, *R. dos T.*, 189, 824); *e)* os embargos de terceiro, porque são ação do terceiro contra a incursão por ato processual de outra ação na esfera jurídica do terceiro, quer ser trate de ação possessória, ou cautelar, ou de ação de execução com adiantamento de cognição, quer de ação de execução de sentença, ou de outra ação que importa esbulho ou turbação de posse, ou direito (arts. 1.046-1.054);]) os embargos do executado (arts. 736-740).

110Veja-se também o art. 589.111O art. 47 não alude a tais ações. Talvez o comentarista tivesse querido exemplificar com o art.471, 1, que trata das sentenças determinativas, suscetíveis de revisSo por meio de aç8o *(v.* g., art.602, § 30)

A 6~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 16 de fevereiro de 1951 *(R. dos T.,* 194, 236), achou que a regra jurídica que hoje está no art. 108 não apanha os embargos de terceiro, como se pudesse haver embargos de terceiro sem irem contra algum ato judicial (penhora, depósito, arresto, sequestro, venda judicial, arrecadação, partilha, ou outro ato de apreensão judicial). Referiu o art. 711 do Código de 1939 como exceção, que não seria a única. Ora, o art. 711 não era exceção ao princípio do art. 108, como não o era ao art. 138, de 1939, era explicitação na *espécie.* Aliás, o Código de 1973 riscou-o. Se o juiz da ação deprecou e o ato que o outro juiz tem de praticar invade a esfera jurídica do terceiro é contra a ação de cumprimento da precatória que vão os embargos de terceiro, e não contra a ação em que se deprecou. Não há ação mais dependente de outra do juízo de outra ação que a de embargos de terceiro.

Não importa se a competência foi por prevenção, ou por outra causa. Só se aprecia acessoriedade.

Se a ação principal já foi proposta, não há grandes problemas. Não importa se cada ação não foi julgada, ou seja o foi.

Se ainda não se intentou a ação principal, tem-se de verificar qual o juízo que seria competente para a ação principal.

Se a ação acessória foi proposta em juízo que seria incompetente para a ação principal, tinha o réu da ação acessória de opor exceção declinatória, no caso e no prazo legal (art. 114), prorrogada está a competência. Adveio a prevenção para a ação principal, além da prorrogação.

O art. 108 não se aplica se não se trata de competência em razão do

valor ou do território (art. 102). Por exemplo: a Fazenda Pública cobra o que lhe é devido como custas ou taxa judiciária; determinado juízo seria o único para conhecer da ação considerada acessória.

*Art. 109. O juiz da causa principal é também competente para a reconvenção ~), a ação declara - tória incidente* 2) *as ações de garantia* 3) *e outras que respeitam ao terceiro interveniente4).*

1. Reconvenção e competência “Revonvenire” e a diferença de “convenir”, que é vir com vinda do demandado contra o demandante. A competência está no próprio conteúdo do conceito de reconvenção. Não se poderia reconvir noutro juízo. A ligação independe de qualquer regra jurídica. Adiante, arts. 3 15-318.

Se a reconvenção é de valor acima do valor da ação, o que se há de entender é que rege o art. 102 em que se permite a modificação da competência se essa é em razão do valor ou do território. O juiz que não seria competente para a ação, que fosse a que se põe na reconvenção, passa a ser competente porque se deu o mesmo tratamento à ação e à contra-ação (reconvenção).

Quanto à reconvenção, não se poderia pensar em outra solução, porque se trata de contra-ação, mesmo se se reconvém na ação de reconvenção. O juiz que seria competente para tal ação, que agora é objeto da reconvenção, deixa de o ser, porque a contrariedade à outra ação a subordina a essa. Dá-se o mesmo na oposição, se o seu objeto seria da competência de outro juízo. Não importa o valor da causa que se põe na reconvenção, seja maior ou menor do que o da outra.

Se a reconvenção seria ação da competência, tem-se de obedecer o art. 125, 1, da Constituição de 1967, com a Emenda n0 1 112 Dá-se o mesmo nas espécies do art. 125, II e iii.”~ Também se o assunto da reconvenção entra no art. 119, 1, *c)* e

2. Ação declarativa incidente O Código de 1973 fez bem em tratar da declaração incidente, que é objeto de requerimento melhor seria dizer-se petição, porque se vai embutir ação declarativa na ação proposta do autor da ação, por ter o demandado contestado o direito que foi o fundamento da petição. Tal contestação, na espécie, contém alegação negativa da *existência* do direito, razão por que se tornou base para a discussão, as provas e a sentença, o enunciado de fato concernente ao direito ("tal direito não existiu", "tal direito não mais existe", "tal direito não vai existir"). O julgamento passou a depender, no todo ou em parte (art. 325), da existência ou da inexistência do direito que o outro afirmar ter, ou ter tido, ou que vai ter.

Quanto à ação declaratória incidente, temos de remeter ao art. 470 onde se diz que a sentença, em tal ação, somente faz coisa julgada "se a parte o requerer (arts. 50 e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide". A referência à competência é em razão da matéria. Se se trata de incompetência em razão do valor ou do território, torna-se competente para a demanda de ação de declaração incidente, ou de reconvenção, ou para as outras ações de que fala oart. 109.

112 Cons. 88, art. 109,1.

113 Const. 88, art. 102, II e III.

114 Const. 88. ars. 109,1, *e ef*

3. Ações de garantia Se há garantia de algum direito, ou objeto de direito, ou mesmo irradiação de algum direito, que foi garantido, ou com que algo se garantiu, compreende-se que na ação proposta haja elemento atrativo para as ações de garantia e se considere principal a ação proposta, ou a propor-se.

4.Terceiro que se liga à ação O liame, a que se refere o art. 109, na parte final, pode ser o litisconsórcio (arts. 46-49), a assistência (arts. 50- *55),* a oposição (arts. 56-61), a nomeação à autoria (arts. 62-69), a litisdenunciação (arts. 70-76), o chamamento ao processo (aris. 77-80). O art. 109 completa o princípio de atração necessária que se estatui no art.

108.

O art. 109 fala da competência do juiz da causa principal para as outras que são de terceiro. Interveniente, aí, está em sentido amplíssimo, razão por que não nos devemos ater a ele. O litisconsorte e o assistente não intervêm e o art. 109

os apanha.

Quanto aos terceiros, além dos intervenientes (opoente, nomeante à autoria, denunciante da lide, chamante ao processo) e do assistente ou do litisconsorte, há o terceiro que embarga. Os embargos de terceiro são algo que se parece com a oposição e não se diga que o terceiro embargante não cabe no art. 109.

(Mais uma vez, o Código de 1973, art. 109, como o de 1939, art. 139, emprega a expressão "interveniente", referindo-se ao terceiro. Ora, no Código de 1973, distinguira-se o litisconsórcio (arts. 46-49) e a assistência (arts. 50-55) das ações de intervenção de terceiro (arts. 56-61), quanto à oposição; arts. 62-69, quanto à nomeação à autoria; arts. 70-76, quanto à denunciação da lide; arts. 77-80, quanto ao chamamento do processo.) Em todas essas espécies, há intervenção; não, na oposição ou na assistência. Quem se litisconsorcia, não intervém. Quem assiste não intervém, conforme a classificação que se adotou no Titulo II, Capitulo V, Seção 1 e Seção II, e está no étimo de assistir. O caso do art. 54 e parágrafo único é algo de intermediário entre a assistência e o litisconsórcio, sem que se pense em íntervenção. Mesmo se ocorre o que se prevê no art. 52, parágrafo único.

*Art. 110. Se o conhecimento da lide depender necessariamente da verificação da existência de fato delituoso* '), *pode o juiz mandar sobrestar no andamento do processo até que se pronuncie a justiça criminal.*

*Parágrafo único. Se a ação não for exercida dentro de trinta (30) dias, contados da intimação do despacho de sobrestamento, cessará o efeito deste, decidindo o juiz cível a questão prejudicial 2)*

1. Cognição dependente de verificação de delito penal O art. 110 estatui que o juiz pode mandar sobrestar no andamento do processo até que se pronuncie a justiça criminal. Não se disse, imperativamente, que tem de sobrestar; e fez pressuposto necessário ser necessária, para a futura decisão, que antes se verifique a *existência* do fato delituoso.

Frise-se: existência do fato delituoso. Se existe, cabe a ação civil; se não existe, não cabe. Tal exigência para a ação civil é rara,”5 porque são muitas, muitíssimas, as espécies em que não cabe a ação penal e cabe a ação civil. O crime pode não ter existido. Se tal acontece, o art. 110 não incide.

Se a ação penal já foi intentada, óbvio é que o juiz do cível possa sobrestar no processo, até que a ação penal seja julgada. Tal regra jurídica tanto pode estar no direito processual civil como no direito processual penal, mas o lugar mais acertado seria naquele. O Código de Processo Civil de 1973 não cogitou apenas da ação penal ainda não intentada, pois, embora o art. 110, parágrafo único, suponha ter sido o sobrestamento antes da ação penal, o art. 110

de modo nenhum pode ser interpretado como só referente à espécie do parágrafo único. Repele-se o absurdo princípio da independência absoluta das jurisdições. Tem-se a eficácia vinculativa na decisão penal para a jurisdição civil, mas se ainda não se iniciou a relação jurídica processual penal admite-se o sobrestamento do processo civil até que se extinga o prazo legal para se suscitar a ação penal. Com isso se evita conflito de sentenças. Se, porém, vier depois a ação penal, depende do juiz do cível verificar se convém o sobrestamento do processo civil (art. 110).

2.Necessariedade da declaração da existência do fato ilícito O fato que é objeto da ação civil tem de ser o mesmo da ação penal, para que se faça necessária a declaração de sua existência. Entenda-se: o fato ilícito, que é elemento do suporte fáctico da regra jurídica de direito penal e ao mesmo tempo elemento do suporte fáctico da regra jurídica de direito civil. O art. 110, parágrafo único, tem a decisão sobre a existência do fato como *prejudicial*, e nada obsta a que, ocorrendo a extinção do prazo e prosseguin15 *V.* g.. ação de nulidade de ato jurídico, fundada no art. 145. II, do CC porque seu objeto, constituindo crime, é ilícito.

A apreciação da responsabilidade civil, em caso de ato ilícito, não depende de julgamento da responsabilidade penal.

Se, antes de proferida a ação no juízo cível, transitou em julgado a sentença penal contra o delinquente, o juízo cível tem de respeitar a *res iudicata,* mesmo que não tenha havido o sobrestamento do processo. Isso não quer dizer que, sendo julgada improcedente a ação penal, não possa haver dados suficientes para

a responsabilidade civil.

Pergunta-se:j,a regra jurídica do art. 1 lO é *ias cogens,* ou pode o juiz entender quer não precisa sobrestar no processo civil? A resposta há de ser no sentido de ser deixado ao juiz a verificação de ser necessário ou não o sobrestamento.

Não se trata de evitar simples divergência entre a sentença penal e a sentença cível: o que se colima é, com o exame pelo juízo criminal, ter-se melhor fundamento para a apreciação do delito, no plano do direito privado.

Quanto à frase do art. 110 em que está "até que se pronuncie a justiça criminal", devemos entender que se alude, embora sem precisão, ao sobrestamento até que se pronuncie, com trânsito em julgado, a justiça criminal. Porém, pergunta-se, se o juízo criminal demora demasiadamente no julgamento, i,como há de proceder o juiz cível? Se o caso é grave, por ser prejudicial ao autor da ação de responsabilidade civil, a lentidão do processo e do julgamento criminal, não se pode negar ao juízo civil a decisão de dar fim ao sobrestamento do processo. Pense-se no art. 110, parágrafo único, que, em caso de ação penal ainda não exercida, há prazo de trinta dias para que a exerça. O legislador levou em consideração a importância do tempo para as duas ações.

De regra, o sobrestamento é para que se julgue antes, com trânsito em julgado, a ação penal. Porém não seria de admitir-se que esse sobrestamento fosse nocivo para o interessado na ação de responsabilidade civil.

Dir-se-á que, como ocorreu com o Código de Processo português, art. 97, a regra jurídica não podia estar na Seção IV, que é sobre modificações da competência, mas sim no Titulo VI, Capítulo II (arts. 265 e 266, sobre suspensão do processo). Não se sobresta no processo, por depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência de relação jurídica que constitua objeto principal de outro processo pendente (cf. art. 265, IV, *a),* período de suspensão que não pode exceder de um ano (art. 265, ~ 50) No art. 110, o juiz *pode* mandar sobrestar o andamento do processo até que se pronuncie a justiça criminal, por lhe parecer que da verificação da existência do fato delituoso, depende a cognição da lide. Se a ação principal não foi proposta, nos trinta dias, cessa a eficácia do sobre stamento.

Se há retardamento demasiado, tem o juiz de fazer cessar o sobrestamento.

*Art. 111. A competência em razão da matéria e da hierarquia') é inderrogável por convenção das partes; mas estas 6) podem modificar* 3) *a competência em razão do valor e do território, elegendo foro* 2> *onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações.*

*~100 acordo, porém, só produz efeito, quando constar de contrato escrito 4) e aludir expressa-mente a determinado negócio jurídico.*

SS *20 O foro contratual 7) obriga os herdeiros e sucessores das partes* ~).

1. Competência pela matéria e pela hierarquia A competência por se tratar de matéria ou de hierarquia (art. 111 e *§*

10) e a competência da autoridade judiciária brasileira para as ações relativas a imóveis situados no Brasil e para as de inventário e partilha de bens situados no Brasil, são competências absolutas. Também o é a competência para as ações em que é autor a União ou algum Território (art. 99).

2.Foro do contrato No Código de 1939 não havia referência ao foro de eleição (foro do contrato). Mas a prática reagiu. O Tribunal de Apelação de Minas Gerais entendeu que havia, porque o Código de Processo Civil não o proibiu, tirando que o permitir-se a prorrogabilidade do foro implica ou importa permitir-se o pacto sobre ele. Alegou a existência de domicílio de eleição. Ligar o problema do foro do contrato à prorrogabilidade da competência foi sem fundamento (Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 21 de outubro de 1949, *R. F.*, 85, 110). Não é menos sem fundamento a ligação à escolha do domicilio. Cp. a 4~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 10 de outubro de 1941 e a 12 de maio de 1942 *(D.*, 16, 310, 321), e a 3~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 30 de outubro e a 30 de novembro de 1940 *(R. F.*, 85, 356; 86, 633). A 2~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, a 21 de outubro de 1940 *(R. F.,* 85, 108), entendeu que o Código Civil de 1916 permitia o *domicílio de eleição.* Não há mais foro do contrato; há foro do *domicílio do réu*, dizia, que pode ser eleito segundo o art. 42 do Código Civil. Domicilio de eleição só teria efeitos se se tornasse domicílio. Era o que se dizia.

Há duas determinações espaciais "reais" (no sentido de atos reais) a do *domicílio,* conceito de que se serve o direito material, o direito internacional privado, e, remetendo ao direito material, o direito processual, e a do lugar em

que se deve executar a prestação, “onde a obrigação deve ser satisfeita” (art. 100, IV, *d)*, conceito do direito que rege a obrigação, forçosamente material. A regra jurídica de escolha do foro, *forum electionis,* é de direito processual; a regra jurídica de eleição do lugar da execução das obrigações é de direito material. Se dirigimos a regra jurídica de competência como regra de ser o juiz do lugar em que se deveria executar a obrigação, a regra de direito processual deixa de ser de foro *eleito* para ser de foro da execução do contrato (hoje, art. 100,1V, *d),* do Código de 1973). Pode, então, no plano do direito processual, não haver eleição nenhuma: o foro da execução do contrato é foro oriundo de regra de competência especial. Se em vez disso, o direito processual contém regra de escolha do foro, tal *forum electionis* pode ser o que for escolhido, ainda que não seja o da execução do contrato, ou do lugar da feitura do contrato. Por onde se vê que os dois conceitos não *coincidem.* Não se pode falar de *foro de eleição* e de *foro do contrato* (da feitura, ou da execução) como sendo o mesmo. Quando os juristas encambulham os dois conceitos, nenhuma confiança podem ter na conclusão dos seus raciocínios. A mistura do direito processual com o direito material é, então, de lastimáveis consequências.

As Ordenações Filipinas, Livro III, Titulo 6, *§* 2, tratavam dos que tinham privilégio de foro na Corte e permitiam que, por escritura pública, ou documento equivalente, renunciassem ao privilégio. No art. 62 do Reg. n0 737, de 25 de novembro de 1850, que fora feito para o processo comercial, adotou-se a opção do autor entre o foro do domicílio do réu e o foro eleito (“a *responder* em lugar certo”, e não onde “teria de pagar”). O foro tinha origem contratual, está claro; porém não era *forum contractus,* segundo o exato conceito (no direito romano e no direito comum), de foro do lugar do contrato, sugerido pelas dificuldades de transporte e lentidão da correspondência (foro não contratual!). Não se tratava de *forum contractus,* mas de *forum electionis* (contratual !). O elemento moderno da opção do autor não lhe tirava o caráter de eleição do foro.

Desde muito que se vinha amontoando as criticas ao foro *contratual* e ao foro *do contrato.*

O foro do contrato pode ser o foro do lugar em que se concluiu o contrato (cf. art. 100, V, *b),* do Código de 1973) ou o foro do lugar em que se tem de executar *(forum solutionis),* que é o do art. 100, IV, *d).* Pode ser eletivo, ou não (cp.

L. von Bar, *Theorie und Praxis,* 2~ ed., II, 438-444). Na jurisprudência brasileira

mais se atendia ao *foram destinae solutionis,* inclusive quanto a contratos de remessa de mercadorias. Mas isso não estava no art. 62 do Reg. n0 737, que exigia escolha contratual do foro.

Quando apareceu o Código Civil de 1916, o art. 42 passou a ser invocado como regra de direito processual, e não no era, de modo nenhum. No art. 42 apenas se diz que os contraentes podem "especificar domicílio onde se exercitem e cumpram os direitos e obrigações deles resultantes". Pura regra de direito material, *bis in idem* do art. 950, que a ela alude. Lê-la como de direito processual, heterotopicamente inserta no Código Civil, seria confessar que estaria derrogada pelo Código de Processo Civil. Lê-la como de direito material, e não processual, seria reconhecer que não estabeleceu *norma de competência judiciária.* Os processualistas já reclamavam contra o foro de eleição, sem que isso importasse serem hostis (nem no podiam ser) à regra de permissão da determinação voluntária do lugar da execução. A regra dos arts. 42 e 950 do Código Civil de 1916 correspondeu ao *§* 269 do Código Civil alemão, ao passo que *não havia,* no Código de Processo Civil de 1939, regra jurídica que correspondesse à Ordenação Processual Civil alemã, *§* 29 *(verbis* "o Tribunal do lugar onde deva cumprir-se a obrigação"). O direito alemão possui, sim, o foro da execução do contrato; não possui o de eleição. Nós não tinhamos, até 1973, nem um nem outro. O mais seria querer-se que prevalecesse a preferência pessoal de alguns juizes, contra a lei, sem razão bastante. Em verdade, no fundo, não sabiam o que queriam: se o *foro de eleição,* se o *foro do contrato.* No acórdão do Supremo Tribunal Federal, a 11 de agosto de 1952 *(D. dai.* de 5 de setembro de 1955), o relator confundiu foro do contrato com foro de eleição. Tratava-se de seguro pagável no Brasil. Felizmente, o Código de 1973 deixou de confundir as espécies; distingue-as e acolhe-as.

Uma coisa é o lugar da execução, conceito de direito material, e outra, o foro de eleição, que pode ser o do lugar da execução *ou outro.* O foro de eleição, havendo-o, pode recair: no lugar do contrato *(foram contractas + foram electionis);* no lugar da execução *(forum destinatae solutionis +foruifl election is);* em "qualquer lugar" *(fo rum electionis* indeterminado); em certo lugar que não seja o da conclusão do contrato, nem o da execução *(forum electionis,* certo, porém não coincidente com o do contrato ou com o da execução); no lugar em que se achar *(fo rum electionis* determinável pelas estada).

Ao tempo das Ordenações tivemos o foro do lugar eleito da execução, como

base para presumir-se eleito o foro, e o foro eleito expressamente. Não tínhamos, de modo nenhum, no Código de Processo Civil de 1939, o foro eleito expressamente. Hoje o temos.

As Ordenações Filipinas, Livro III, Título 6, *§* 3, diziam: “E quando alguma pessoa se obrigar geralmente responder perante quaisquer justiças, onde o autor o quiser demandar, poderá somente ser demandado no lugar, onde for achado, mas não poderá em outra parte ser citado para ir responder a outro lugar, que não seja de seu foro, ainda que o autor ai o queira demandar, posto que em tal obrigação renunciasse ojuiz de seu foro”. Antes, o *§* 20 havia admitido o foro de eleição quando alguém se obrigasse a “responder por alguma razão, ou a pagar alguma divida em certa vila ou lugar”, pois “por vontade se obrigaram a isso”. No Titulo II *§* 30 acrescentavam as Ordenações: “O juiz ordinário poderá mandar citar fora da sua jurisdição todo aquele, que quiser citar por causa de algum negócio, que tratasse no lugar da sua jurisdição: pode-se por exemplo no tutor, curador, feitor, negociador, procurador, e qualquer outro de semelhante condição, e será demandado no lugar onde o dito negócio tratou, ou administrou”. Não há por onde se encontrar em todo esse artigo o foro de eleição.

O problema técnico legislativo da determinação do *foro* da obrigação é independente do problema técnico legislativo da determinação do lugar da execução. Aquele é de direito processual e constitui, desde sempre, assunto de graves controvérsias, ainda quanto à determinação *a priori,* ou *de lege ferenda.* A determinação do lugar da execução, se foi pactuada, é baseada em fontes romanas (F. C. von Savigny, *System,* VIII, *§* 370).

3.Facultatividade do foro e foro escolhido A lei estabelece facultatividade de foro, como se dá em caso de prevenção *(e. g.,* art. 107), ou em caso de prevenção *(e. g.,* art. 107), ou em casos de dois ou mais réus com diferentes domicílios (art 94 *§* 40) ou de se tratar de autor e de réu sem domicílio no Brasil (art. 94 *§* 30) ou mesmo se o réu tem mais de um domicílio (art. 94, *§* lo), ou se incerto ou desconhecido o domicílio do réu, caso em que pode ser demandado onde for encontrado, ou no domicílio do autor (art. 94, § 20).

Outro assunto é o da escolha do foro em cláusula negocial. Aí, a lei afastou que a manifestação de vontade das futuras parte pudesse *derrogar* as regras jurídicas de competência pela matéria ou pela hierarquia. Os figurantes de negócio

jurídico podem modificar a competência se pelo valor ou pelo território, de modo que elegem o foro em que se hão de propor as ações.

4.Negócio jurídico escrito No art. 111, *§* 1~, diz-se que o acordo só tem eficácia se constar de contrato escrito e alude expressamente a determinado negócio jurídico. Primeiramente, é de acentuar-se que a cláusula de escolha de foro pode ser inserta em contrato, ou em negócio jurídico unilateral *(e.g.*, promessa de recompensa, títulos nominativos ou ao portador). Em segundo lugar, para haver contrato para a ele7íçáo de foro de outro negócio jurídico, é preciso que os figurantes do contrato sejam figurantes do negócio jurídico, pois seria inadequado A e B contratarem escolha de foro para as ações proponíveis por C ou D ou contra C ou D.

Temos, agora, de tratar de interpretação do art. 111, *§* 1'~', onde se diz que o acordo só produz efeito "quando constar de contrato escrito" e em seguida exige que ele alude "expressamente a determínado negocio jurídico". Pensemos nas promessas de recompensa e nos outros negócios jurídicos unilaterais, pois contratos não são, se deles consta que as ações a respeito do negócio jurídico unilateral têm de ser propostas no foro escolhido. A referência do art. 111, *§* 10, a

"contrato escrito", foi erro, que temos de afastar. Há negócios jurídicos escritos que não são contratos. Vamos a exemplo: publicou A, num jornal ou em jornais, que dá prêmios a quem se inscrever no seu escritório, ou numa faculdade de ciências, às pessoas que fizerem os três melhores estudos sobre o que se passou nos últimos quarenta anos a propósito da teoria da relatividade; e pôs-se cláusula de ser o foro escolhido o de Brasília.

No art. 111, *§* 10, *in fine,* fala-se de alusão expressa a determinado negócio jurídico; mas os direitos e as obrigações podem não ser originados de negócio jurídico. Nada obsta a que se escolha o foro para as ações oriundas, por exemplo, de mau uso da propriedade (ato-fato ilícito), ou de descoberta científica (ato-fato jurídico).

5.Herdeiros e sucessores O foro negocial (pode não ser, *in casu,* contratual) obriga os herdeiros ou sucessores entre vivos das partes, mesmo em se tratando de negócio jurídico unilateral.

6.Figurantes do negócio jurídico seletivo do foro Pode ser figurante do negócio jurídico pessoa física, pessoa jurídica, ou mesmo sociedade não-personalificada, ou associação ainda não reconhecida. Mesmo se um dos figurantes tem domicílio que coincide com o do outro, pode ser escolhido outro lugar, ou a residência ou a morada de um deles, ou deles. A pessoa jurídica pode, para determinado negócio jurídico, indicar o foro da filial ou de uma das filiais, ou das sucursais, ou de alguma agência, ou do outro lugar sem ligação com a matriz, as filiais, as sucursais e as agências.

Pergunta-se:<,o acordo pode ser preventivo ou sucessivo? A resposta é afirmativa. O acordo sucessivo pode ocorrer após a propositura da ação, mesmo se o demandado opõe exceção de incompetência.

7. Juízo escolhido Escolhe-se o juiz pelo valor ou pelo território. Surgem questões: *a)* 4~pode ser escolhido com alternatividade, ficando ao autor indicar um dos escolhidos? *b)* ~,pode deixar-se a escolha a terceira pessoa, física ou jurídica? Quanto a *a),* tem-se de atender a que a lei não preeliminou a altematividade, desde que foi perfeita a escolha.

Quanto a *b),* nada impede que A acorde com B que, por ocasião da propositura da ação, seja ouvido, extrajudicial ou judicialmente, C *(e. g.,* o banco em que B costuma descontar as notas promissórias, ou duplicatas, de A).

Aliás, advirtamos que o autor, em negócio jurídico unilateral, ou autor e réu ou réus, em negócio jurídico bilateral ou plurilateral, podem ter escolhido juiz que não podia receber tal competência, por se tratar de juiz de competência pela matéria ou hierárquica.

Seção V

Da declaração de incompetência1)2)

1. Questões sobre competência (exceção e conflito de competência) Tratando-se da competência do juiz, ou esse é o único que se dá por competente ou por incompetente, ou ele e outro se dão por competentes ou incompetentes. Daí ouso da exceção declinatória do foro, também chamada de incompetência, e o do conflito de jurisdição ou competência, positivo ou negativo. A incompetência *ratione materiae,* ou por hierarquia, pois que não é suscetível da

prorrogabilidade a competência, pode ser alegada pelos interessados em qualquer tempo ou instância.

É preciso ter-se muito cuidado com a proposição, usual no foro, de que não há conflito de competência entre juiz inferior e juiz superior. A superioridade, a que se alude, não é a de grau; tem de ser a superioridade na *espécie a ser julgada,* na matéria a respeito da qual os juizes se conflitam.

Juiz hierarquicamente inferior a outro pode ter atribuições próprias, que o juiz, superior hierárquico, não pode exercer.

O conflito é possível. Somente com essa explicação se há de admitir que a relação de hierarquia exclua o conflito (como se lê no acórdão da ia Câmara Civel do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 25 de setembro de 1941, *R. F.*, 91, 477).

A oponibilidade da exceção de competência *ratione materiae* supõe que a discordância quanto à competência seja apenas entre a parte e o juízo, sustente, ou não, a outra parte, ser competente o juiz. A atuação passa-se dentro da relação jurídica processual entre excipiente e juiz excetuado. A angularidade é que se pode dar se a outra parte for ouvida ou tiver de ser ouvida.

A ação de conflito de competência (note-se: ação) é suscitadora de nova relação jurídica processual entre dois ou mais juizes (ou autoridades judiciárias e administrativas), que se dizem competentes, ou incompetentes. Ação *entre autoridades*, entre órgãos do Estado, ainda quando o *suscitante* seja parte interessada ou o órgão do Ministério Público e se litisconsorcie na ação de conflito de competência.

2. Incompetência “ratione materiae” Se a autoridade estatal é juiz do cível, mas incompetente *ratione tnateriae* (não é o órgão especial), a competência é improrrogável a favor dele; de modo que a relação jurídica processual *existe,* posto que seja nula a atuação do juiz. A incompetência *ratione rnateriae* não obsta à formação da relação jurídica processual e ísso é de extrema importância teórica e prática. A relação jurídica processual nasce de ato jurídico *nulo,* mas nasce. O art. 113 e os *§§* 1~ e 20 é assim que devem ser entendidos.

A sentença que se proferir no processo, se trânsita em julgado, cobrirá as

nulidades, de modo que a incompetência *ratione materiae* somente poderá ser alegada em ação rescisória de sentença. A querela de nulidade, como a embargabilidade na execução, estará excluida. Assim, a nulidade derivada da incompetência *ratione materiae*, ou pela hierarquia, que não admite prorrogação, é cobrível, no entanto, pela sentença. Não há prorrogação, é verdade. A nulidade pode ser alegada a qualquer tempo enquanto não há a coisa julgada; também é certo: está na lei. Mas, a despeito disso, o art. 113, § 20, salvo os atos ordinatórios, e a sentença, proferida no processo nulo pela incompetência não-prorrogável, cobre a nulidade resultante de tal infração da lei. E a sentença, então, que tem de ser *atacada*. O ataque é pela *ação rescisória de sentença* (art. 485). Porque as sentenças cobrem as nulidades do processo, exceto as que têm a natureza das nulidades apontadas no art. 741, 1. A comparência da parte e a sua própria anuência não sanariam a nulidade por incompetência *ratione materiae* ou pela hierarquia; porém a sentença não poderia ser tratada como sendo não-sentença (inexistente), nem, sequer, como sentença nula *ipso iure*. É apenas sentença rescindível, porque é juiz quem a proferiu, e juiz do cível, embora, *ratione materiae* ou por hierarquia, incompetente. Tal o sistema do Código.

Se não houve exceção declinatória do foro, nem conflito de competência, não pode mais ser discutida a prorrogação, pois que, não se tratando de incompetência *ratione materiae*, ou por hierarquia, a preclusão se dará (5~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 1~ de fevereiro de 1952, *R. dos T.,* 200, 154). Não mais se pode atacar o julgado, salvo em ação rescisória.

Enquanto pende a exceção de incompetência, não pode haver conflito de competência (Supremo Tribunal Federal, 9

de junho de 1943, *R. F.,* 99, 669, com lamentáveis erros de conceituação).

*Art. 112. Argúi-se, por meio de exceção* 2> *a incompetência relativa ~)* ».

1. Competência relativa Diz-se relativa a competência que é derrogável, ou pode ser afastada, de oficio ou a requerimento da parte. O art. 111 disse derrogável a competência pelo valor ou pelo território e inderrogável a competência pela matéria ou pela hierarquia. A incompetência absoluta há de ser arguida na contestação ou mesmo depois. A competência relativa não pode ser arguida dentro da contestação; há de ser em exceção, no prazo que a lei marca no art. 305, sob o qual tratamos do assunto, e é alta relevância saber-se como se conta o

prazo se o fato que ocasionou a incompetência foi anterior à lide.

Quando a incompetência é relativa, é por meio de *exceção de incompetência* que se argúi a incompetência. Sobre o procedimento da exceção, arts. 304-311. Incompetência relativa é a fixada em razão do valor ou do território (art.

102). Se, no prazo e na forma devida, o réu não alega a incompetência relativa, não pode o juiz declarar-se incompetente, mesmo se ressaltante.

Quanto ao juiz para decisão de ofício, a incompetência relativa só é declarável no despacho da petição inicial ou na primeira oportunidade de manifestar-se. Pense-se, por exemplo, na carta precatória que lhe chega e ele verifíca, ao lê-

la, que é relativamente incompetente. Dizer-se que o juiz relativamente incompetente não pode declinar da sua competência porque só as partes têm direito de excepcionar (art. 112) é absurdo. Ao conhecer da petição inicial ou de alguma atividade inicial, como a de juiz deprecado, está ele apto a afastar o que depois poderia ocorrer. A prorrogação (art. 114) não é direito das partes; é eficácia da falta no despacho da petição inicial ou outra atividade de início, *mais* a falta de exceção de incompetência relativa.

2. Prorrogação A falta da oposição da exceção de incompetência relativa faz prorrogada a competência (art. 114).

3.Incompetência relativa, exceção e recurso No art. 842, II, do Código de 1939, o recurso da decisão que julgasse a exceção de incompetência era o agravo de instrumento. E, no art. 807, não se permitia recurso da decisão final do conflito de jurisdição. Hoje, não se pode negar o recurso da decisão em que o juiz se julga incompetente, pois que se extingue o processo pelo indeferimento da petição inicial (art. 267, 1), ou pela falta de um dos elementos de que cogita o art. 267, IV. A remessa dos autos ao juízo competente ocorre se o caso é de procedência da incompetência absoluta, ou relativa, cujo remédio é o da *alegação de incompetência*, ou de procedência da *exceção* (cf. arts. 113 e ~

20, e 311). A incompetência relativa é que é objeto de *exceção* de incompetência, o recurso é o de agravo de instrumento, porque de modo nenhum se pode pensar em extinção do processo. Aí, há decisão interlocutória. Se o juiz se diz incompetente, não:

seria extinção do processo, e o recurso é o da apelação.

Alguns comentadores e acórdãos têm reputado cabível o recurso de agravo de instrumento se na decisão o juiz se julga incompetente. Ora, para isso, ter-se-ia de considerar interlocutório, e não decisório, o julgamento. Interlocutório é o que fala entre, *interlocato.* Se já se despachou a petição, sem se ter dito incompetente o juiz, a relação jurídica processual se estabeleceu e o caminho está aberto até a sentença final. Se no próprio despacho o juiz se diz incompetente, indeferiu a petição inicial, o que dá ensejo à extinção do processo, que começou com a apresentação ao juízo, e o assunto é para apelação, porque nada ocorreu de interlocutório. Se, depois da contestação em que se alegou a incompetência absoluta (art. 301, II), foi acolhida a alegação de incompetência absoluta (art. 113), tem-se de recorrer com apelação, porque o ato é extintivo da relação jurídica processual, portanto do processo, sem julgamento do mérito (art. 267, IV). Só há agravo de instrumento se o juiz houver negado a incompetência absoluta.

Dizer-se que, em caso de se julgar incompetente o juiz, não se põe termo ao processo, como sustenta J. C. Barbosa Moreira *(Comentários,* Tomo V, 2a ed., 461), porque há remessa dos autos a outro juízo indicado como o competente, é inadmissível. O art. 311 diz que, julgada procedente a exceção, os autos serão remetidos ao juiz competente. Mas estamos a cogitar do recurso contra o juízo que se disse incompetente e, só após o julgamento do recurso, que não acolheu a exceção, portanto que confirmou a atitude do juiz, é que há a remessa dos autos ao juízo competente. O processo ficou suspenso até que ojuiz decidisse e, dizendo-se incompetente, ou há recurso, ou há acolhimento. O que se quer saber é qual será o recurso:

o de agravo de instrumento ou o de apelação. Se não tivesse havido procedência da exceção de incompetência, o recurso seria o de agravo de instrumento; se houve procedência, o recurso é o de apelação. A exceção não foi julgada improcedente, mas sim procedente, e quem a ofereceu não se conforma com o julgado: quer recorrer. Dá-se o mesmo se o juiz, ao despachar a petição, se diz incompetente. O recurso afasta a invocação do art. 211, porque o pressuposto inicial da regra juridica é a eficácia da exceção de incompetência que foi ~julgada procedente".

Quando algum tribunal diz que da decisão que julga exceção de incompetência é

cabível o recurso de agravo de instrumento, não distingue, como devia, a decisão em que o juiz se diz incompetente e a em que o juiz se diz competente.

A causa da confusão em que alguns juizes e juristas incidiram foi a de não tirarem da memória o art. 842, II, do Código de 1939, que dizia permitir-se o agravo de instrumento das decisões que julgavam a exceção de incompetência. Não se pôs isso no Código de 1973. Muitos outros casos foram postos fora do recurso de agravo de instrumento. O que importa é o sistema jurídico processual de hoje.

A comparação do Código de 1973, art. 267, com o Código de 1939, art. 201, é de grande relevância. O art. 267, IV, fez ressaltar a importância para se verificar se alguma decisão é apelável.

*Art. 113. A incompetência absoluta ~) deve ser declarada de ofício e pode ser alegada* 2> *em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente da exceção* ‘).

*~10 Não sendo, porém, deduzida no prazo da contestação 7), ou na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos, a parte responderá integralmente pelas custas.*

~S *20 Declarada a incompetência absoluta,*

*somente* 6> *os atos decisórios* 4) *serão nulos, remetendo-se os autos ao juiz competente* 3) 5>~

1. Incompetência absoluta e alegação A alegação da incompetência absoluta foi posta como um dos pressupostos da contestação (art. 301, II). Cabe ao juiz, se não houve a arguição, declarar, de oficio, a sua incompetência absoluta, pois seria imperdoável desconhecer a lei, ou deixar de aplicá-la. O art. 113 impõe-lhe tal dever. Se não o exerceu quando devia, a cada momento pode fazê-lo. Não se precisa do formalismo processual da exceção. Não se fixou prazo ao juiz; a sua infração ocorre no momento em que se devia dar por absolutamente incompetente. Pode bem ser que alguma lei superveniente lhe tenha tirado, em absoluto, a competência, e o momento para declarar a incompetência absoluta é o da incidência da nova regra jurídica, devendo ojuiz tomar as providências para que os autos lhe venham, imediatamente, à conclusão. No Código de Processo

Civil não se cogitou de multa ao juiz. A lei de responsabilidade é que há de reger a espécie.

2. Alegação pela parte Se, no prazo da contestação, o réu não alegou a incompetência absoluta, ou não no fez na primeira oportunidade em que teria de falar nos autos, responde ele integralmente pelas custas. Se a incompetência absoluta decorreu de lei nova que se retirou ao juiz, absolutamente, a competência, e o juiz não se declarou absolutamente incompetente, o dever era dele e das partes, não só do réu, razão por que seria injusto condenar-se o réu integralmente nas custas dos atos *posteriores* à incidência da lei: os três pólos da relação jurídica processual (autor, juiz; juiz, réu) são responsáveis e hão de responder em partes iguais.

3. Atos decisórios e competência O Código de 1973, art. 113, *§* 20, diz que, com a declaração da incompetência absoluta, só os atos decisórios são nulos. Assim já estava no Código de 1939, art. 279. *A priori,* todos os atos eivados do defeito de incompetência do juízo são nulos. *A posteriori,* tê-lo-iam de ser pelo *princípio da relevância de toda regra de competência,* razão para serem de direito estrito as modificações e para os dois meios de impugnação. Antes do Código de Processo Civil, ao tempo das Ordenações Filipinas, provavelmente no fim do século XVI, formou-se o estilo do Senado Real, conforme adiante se mostrará, e, mais tarde, a *regra de conservação,* segundo a qual a deslocação por incompetência é inoperante só por si para invalidar os atos. Exceção ao principio. Depois foi que se distinguiram os *atos decisórios* e os *atos probatórios,* e, finalmente, os atos decisórios e os *atos ordinató rios* em geral. A distinção, aí, entre atos do juiz incompetente *ratione materiae* ou pela hierarquia não existiu, nem existe.

4.Conteúdo da regra jurídica O art. 113, *§* 20, é regra jurídica da exclusão de nulidade, e não de sanação. Nenhuma outra regra jurídica dos arts. 243-250 precisou ser invocada, salvo para se saber, teoricamente, o que seria nulo por outro motivo. Não é regra jurídica de sanação. Apenas supõe a distinção entre atos decisórios e atos ordinatórios, para exprimir que a incompetência do juiz não afeta a esses, e afeta àqueles. Decisórios são quaisquer atos em que o juiz, podendo dizer “não~~, ou “sim~~, ao requerimento da parte, ou de ofício, sobre matéria que não seja o desenvolvimento do processo, deu uma ou outra resposta. Ainda que o assunto seja para ato decisório, a simples ordenação prévia não se liga à sorte dele. A distinção foi-se caracterizando aos poucos, no século XIX. J.

J. C. Pereira e Sousa *(Primeiras Linhas, §* 127, nota 290) distinguia atos decisórios, que seriam nulos, e atos "probatórios". Citou a Alvaro Valasco, Jorge de Cabedo e Manuel Mendes de Castro, que o não autorizavam a tanto. Antonio Joaquim Ribas *(Consolidação*, art. 569) também só salvava os atos probatórios; e considerava nulas as verdadeiras "decisões".

5. Atos processuais não-decisórios, ditos ordinatórios e incoativos Excluídos os atos decisórios, que a lei não permite se sanem, pois entram na classe dos que foram apontados como nulos por força de cominação, no caso de incompetência absoluta do juízo: (art. 113, *§* 2~, "serão nulos"), deve então o juiz, a que foram os autos, verificar se os restantes os não decisórios, ordinatórios (ordinativos, disse-os Antônio Vanguerve Cabral, *Prática Judicial*, apenso 2), incoativos têm defeitos por outras causas que a incompetência absoluta. Quanto a esses, aplicam-se os arts. 243-250. Resta saber se, nulos os atos decisórios, algum dos arts. 243-250 pode ser invocado para se sanar, ou para se suprir o ato, ou repeti-lo, com efeitos *ex tunc.* Preliminarmente, afastemos: o art. 243, que só se refere a infração de forma sem cominação de nulidade (o art. 113, *§* 20, possui a cominação); e o art. 250 que somente trata de infração de forma, posto que aluda àcominação de nulidade: o art. 250 só alude à impropriedade da forma do processo, isto é, do remédio jurídico processual. O art. 245 é inteiramente aplicável a quaisquer nulidades, inclusive às do art. 113, *§* 20; bem assim o art. 248, porém não o art. 249, § 10. A grande dúvida é a respeito do art. 249, *§* 2~, que permitiria salvar-se o ato decisório nulo se os autos estivessem para, *afine,* ser julgada a causa. A sentença final, essa, pelo menos, nunca se salva, ainda se não dependente de ato decisório anterior.

*6.* Direito reinícola e imperial Historicamente, a regra jurídica do art. 113, *§* 20, em vez de diminuir o campo das nulidades, alargou-o. Originou-se, no direito anterior, ao tempo da pluralidade da legislação processual. Nem a tinham as Ordenações Filipinas, nem a praxe daqueles tempos; nem o Reg. n0 737, de 1850. Ao tempo das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, nasceu exatamente a *regra de exclusão da nulidade pelo defeito da incompetência do juiz,* de que se têm nítidos atestados em Álvaro Valasco, Jorge de Cabedo, Manuel Mendes de Catro e Silvestre Gomes de Morais. Foi a própria justiça que o introduziu, "causa abreviada-rum litium" e "contra iuris rigorem".

Álvaro Valasco *(Decisionum Consultationum,* 133) achava que era "optima praxis et digna", ainda no caso de nulidade dependente da jurisdição (adiante

nota 7). Em face da atitude da justiça superior, que lá em cima fizera a regrapara *si,* no fim do século XVI, e não no caso de 1612 citado por Manuel Mendes de Castro *(Pratica Lusitana,* 46), extraiu-se a regra jurídica com o caráter de norma entre juizes da mesma instância, tal como se vê em Silvestre Gomes de Morais *(Tractatus de Executionibus,* 1, 165): 'X..sola sentitia annulletur, acta vero ad competentem iudicem remittantu, qui, ne lis ex integro renovetur, cum expensis et laboribus partium interloquitur, quod partes adversus processum in iudico incompetenti confectum omnia, quae voluerit, praeter incompetentiam, de qua iam actum est, allegant, et si partes nihil alegent, per quod novum íntersit inchoate processum, ex eisdem actis sententiam pronuntiat". J. 1. Ramalho não leu esse trecho de Silvestre Gomes de Morais, de modo que só se referiu à primeira forma, um tanto desabusada, do Senatus Regni, no fim do século XVI. Viu a segunda forma, que estava em Silvestre Gomes de Morais, J. A. Pimenta Bueno *(Apontamentos,* 15), quando escreveu, em 1850: "por prática do foro costumam remeter-se os autos ao juízo competente", e "quando não há oposição fundada que obrigue a anulá-los",

"por eles mesmos" se continua "até a sentença". Não distinguia incompetência *ratione materiae* e *personae,* posto que as distinguisse da falta de jurisdição. J. M. F. de Sousa Pinto *(Primeiras Linhas,* 5, *§ 535,* 190 s.) pôs claro:

"Segundo a prática, recebida no foro, são os autos remetidos ao juízo competente aonde, não havendo outra nulidade, se profere a sentença". Tal o que se passou, e tem grande importância na interpretação do art. 113, *§* 2~.

A inovação portuguesa, que o direito processual brasileiro herdara, não distinguia, de modo nenhum, a incompetência *ratione materiae* e as outras. Nasceu memso em forma de costume judicial, estilo de corte, para atenuar o rigor das regras sobre competência *ratione materiae* (Ordenação do Livro II, Titulo 63, *§* 9, in fine, e do Livro III, Titulo 75, pr.). Nem os que o comentaram se insurgiram contra a indistinção. (Certo, agora, o Tribunal de Apelação de São Paulo, 18 de outubro de 1942, *R. F.,* 94, 81, 82).

O Código de Processo Civil de 1973, art. 113, *§* 20, desde o começo do art. 113, só se referiu à incompetência absoluta, e de modo nenhum se há de pensar, hoje, em estender-se a regra juridica a espécies de competência relativa.

O art. 113, *§* 20, aplica-se aos executivos fiscais'16 (Supremo Tribunal Federal,

10 de novembro de 1942, *R. F.*, 91, 485 e 487). Se a relação processual "existe", cabe sempre o art. 113, *§* 20.

7. Nulidade dependente da jurisdição Pode dar-se que, indo os autos a outro juiz, o ato nulo no processo, tal como se formou no juízo Incompetente, se torne válido no juízo competente por ser a forma do processo (art. 250) diferente. A nulidade desaparece pelo princípio de que "Cessada a causa da nulidade, a nulidade cessa", "quia quod nuílum est convalescere non potest amplius, itiamsi cesset causa propter quam talis actus a principio nulius fuit" (Miguel de Reinoso, *Observationes Practicae*, 540).

8. Incompetência *ratione materiae* ou pela hierarquia Se a incompetência *ratione materiae* ou pela hierarquia só foi alegada na instância superior, de modo nenhum cabe a prática, referida por Álvaro Valasco e Gabriel Pereira de Castro, de se não pronunciar, mandando o tribunal que as partes digam sobre o mérito, por economia do processo, se eles não alegam razão bastante para o pronunciamento da nulidade. Gabriel Pereira de Castro *(Decisiones*, 126) profligou esse "novissimus error": "incompetentia nunquam continet nudam nuílitatem, cum habeat fomentum legis, quae non pariter patitur talem sententiam valere". No entanto, quis J. 1. Ramalho *(Praxe Brasileira,* 381) reintroduzi-lo. A sentença não está compreendida entre os atos do art. 249, *§* 20, único que poderia ser invocado. Em todo caso, o tribunal, nula a sentença, fará os autos descerem ao juiz competente, para se proceder na forma do art. 113, * 20 e, se for o caso, conforme se disse sobre o art. 249, *§* 20.

Uma das consequências de referir-se o art. 113, *§* 20, a incompetência *ratione materiae* "incompetência absoluta" é de extrema importância *teórica e prática:* a incompetência *ratione materiae* do juiz do cível não obsta à formação da relação jurídica processual com o Estado (juiz), se bem que

116 Veja-se a 2 parte do Art. 1" da Lei n0 6.830, de 22.09.80, que dispõe sobre a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública.

obste à *decisão* pelo juiz *ratione materiae* incompetente. Se ojuiz é criminal a relação processual não se forma (cp.

Wilhelm Sauer, *Grundlagen*, 448, s.). Vejam-se as notas ao art. 741, 1.

O juiz pode declarar, de ofício, a sua incompetência absoluta, ao despachar a petição inicial, ou quando o processo for ao seu exame. Pode ser que a petição inicial não lhe haja revelado a sua incompetência absoluta; de modo que, a qualquer momento, pode convencer-se de que é absolutamente incompetente. Se tal não acontece e advém a sentença trânsita em julgado,~o remédio jurídico cabível é o da ação rescisória (art. 485, II).

*Art. 114. Prorroga-se* 1) *a competência, se o réu não opuser exceção declinató ria do foro e do juízo* 3), *no caso e prazo legais* 2)

1. Prorrogação Já dissemos o que tínhamos de dizer sobre a prorrogação e alegra-nos que o Código de 1973 haja corrigido as confusões do Código de 1939, que foram assunto de explanações críticas que fizemos. Para que se prorrogue a competência, é preciso que a competência, de que se trata, seja prorrogável e o réu não haja oposto exceção declinatória do foro e do juízo, no caso e no prazo legais. O pressuposto inicial é o da prorrogabilidade da competência. Depois, que, no prazo legal, não se haja oposto a exceção declinatória do foro, e do juízo, porque no foro, de que se cogita, pode haver dois ou mais juízos.

2. Caso e prazos legais Uma vez que se trata de exceção declinatória, a incompetência há de ser relativa, e o prazo legal é o do art. 305, que é o de quinze dias, contado do fato que ocasionou a incompetência, o impedimento ou a suspeição. Pode ser que tal fato tenha ocorrido antes do prazo para a contestação (cf. art. 295).

3. Juízo comum e juízo especial Se a matéria foi atribuida *ajuizo especial,* a especialidade afasta a prorrogação e a propósito de qualquer causa que seja de competência comum, porque as leis não dizem que a matéria especializada pode ser objeto de ação proposta em juízo comum *(e.g.,* cumpra-se de testamento), nem que o juízo especial possa conhecer das causas que se hão de propor no juízo comum *(e.g.,* ação de separação dos cônjuges proposta em juízo dos feitos da Fazenda Pública). Se o juízo, como ainda ocorre em alguns Estados-membros e em Municípios de pequeno movimento forense, é competente para quaisquer causas, as que são do juízo comum e as que teriam de ir ajuizo especial, se se houvesse criado o juiz com a especialidade da matéria, tal juízo é *global,* e não se poderia falar de prorrogação dejurisdição, posto que, se há dois ou mais juizes globais, possa ocorrer prevenção. Certa, a 4a Câmara Civil do Tribunal de

Justiça de São Paulo, a i4 de novembro de 1906: “...inexistindo lei prevendo, expressa-mente, a competência especial, competente será o foro comum, isto é, o das Varas Cíveis”; “...o Juízo da Família e das Sucessões só é competente para conhecer e julgar das questões que, em virtude de lei expressa, lhe são taxativamente atribuidas, por se tratar de foro excepcional, restrito e especializado”.

A prorrogação está preexcluída, porque, quando se especializa, se distinguem *matérias,* e não há prorrogação, se a incompetência é *ratione materiae,* ou em razão de hierarquia (art. 111).

A prorrogação da competência, que o art. 114 do Código de Processo Civil admite, é *efeito* de renúncia tácita à exceção de incompetência, ou, *a fortiori,* da renúncia expressa. O juízo, que não era competente, passou a ser competente. O que mais importa é frisar-se que não se trata de negócio jurídico, como seria a *competência por acordo ou convênio,* que o direito brasileiro voltou a ter (art. III). Por se não tratar de negócio jurídico, não há alegação de efeito de vontade (Leo Rosenberg, *Lehrbuch,* ~a ed., 138).

*Art. 115. Há* 5) *conflito* 8)13) *de competência’)* 4)7) 9) O) *1 quando dois ou mais juizes se declaram competentes* 2).

*II quando dois ou mais juizes se consideram incompetentes* 3)i).

*III quando entre dois ou mais juizes surge controvérsia acerca da reunião ou separação de processos 5)* ~ 2) 1. Conflito de competência O Código de Processo Civil de 1973 tratou dos *conflitos de competência* nos arts. 115-124, na Seção V, que é sobre a declaração de incompetência. Acertadamente, porque os conflitos de competência são conflitos para sentença declinativa.

No art. 115, 1 e II, diz-se que há conflito de competência quando dois ou mais juizes se declaram competentes ou incompetentes. Juizes, entendamos, em sentido amplo: dois ou mais juizes da mesma categoria ou de categorias diversas, desde que se trate de hierarquia, como entre juiz de direito e o Tribunal de Justiça do Estado-membro. Não se pense em ser recursal o julgamento do conflito de competência. Há, na verdade, ação, que vai ser decidida pelo órgão acima dos conflitantes. Pense-se no art. 119, 1, *e),* da Constituição de 1967, com a Emenda n0 1 e com a Emenda n0 7 (de 1 977):”~ “Compete ao Supremo

Tribunal Federal: 1 processar e julgar originariamente : *e)* os conflitos de jurisdição entre quaisquer Tribunais e entre Tribunal e juiz de primeira instância a ele não subordinado".

Se os conflitos são entre juizes de diferentes Estados-membros ou entre juizes federais subordinados ao Tribunal Federal de Recursos, a competência é deste Tribunal (Constituição de 1967, com a Emenda n0 1 e a Emenda n0 7, de 1977, art. 122, 1, *e):* "os conflitos de jurisdição entre juizes federais a ele subordinados"8 e entre juizes subordinados a tribunais diversos".

Dentro de cada Estado-membro, a Lei de Organização Judiciária é que regula a matéria. Tem-se de consultar a Resolução.

2. Juízos em conflito As leis têm de resolver problema técnico quanto à garantia da observância das regras de jurisdição e competência, ou *a)* para que não ocorra violação, ou *b)* para que, havendo-a, seja corrigida. E o problema de se dizer qual a autoridade que tem o poder de que se trata, ou qual tem de ceder o passo à outra, se duas ou mais se disseram competentes, ou de figurar na relação jurídica em que se pede prestação estatal, se duas ou mais entendem não serem os órgãos estatais próprios para isso. Ou se deixa às autoridades mesmas a vigilância, confiando-se no ordenamentojurisdicional que de antemão se considera suficiente esclarecido sobre os seus limites externos e internos, o que leva ao levantamento de questões, ou dúvidas, de oficio, ou se supõe que mais vale a solução pelo juízo ou autoridade incompetente que o sistema de autoprovocações e só se deixa às partes suscitarem as questões de jurisdição e competência; ou se combinam os dois sistemas. As distinções das incompetências em produtoras de nulidade *ipso iure* ou não, em produtoras de nulidades sanáveis ou não, serve àquela combinação.

*(a)* Uma das regras jurídicas principais do Código quanto à garantia da competência é a do art. 435, II, sobre a rescindibilidade das sentenças proferidas por juiz impedido ou absolutamente incompetente, o que logicamente exclui a nulidade da sentença que tal juiz proferiu *(Comentários ao*

117 Const. 88, arto. 102, 1, oe 105, 1, *d.*

118 Const.88,art 1O8,e.

*Código* de 1939, Tomo II, 2~ ed., 365 s.). A competência não fora prorrogável: não se prorrogou, portanto. Mas a sentença cobriu a infração da lei.

*(b)* Outra regra jurídica do mais alto porte é a do art. 741, 1, onde se fala da embargabilidade. Se a parte compareceu, a nulidade *ipso iure* desapareceu; e a sentença superveniente, passada em julgado, apaga a nulidade. Não apaga de todo a nódoa, porque resta a rescindibilidade.

*(c)* Terceira regra jurídica é a da preclusão da exceção de incompetência (art. 305). Ligada, essa, a princípios mais inspirados no interesse das partes. O poder mesmo do juiz, para se dar por ser relativamente incompetente, preclui.

Vê-se bem que o sistema adotado é misto. E não há negar que o direito brasileiro, na concepção relativa (arts. 306, 741, 1, e 485, II), recebeu a experiência de séculos, sem se ater a qualquer das soluções antigas ou medievais ou pós-medievais. E sem excluir a inexistência da "sentença" do não-juiz.

*(d)* Nos arts. 115-124, prevê-se o caso de *se terem* por competentes, ou incompetentes, dois ou mais juizes, ou autoridade judiciária e autoridade não-judiciária entrarem em discordância quanto a quem, dentre elas, ou dentre aquelas que existam, haja de figurar na relação jurídica processual das partes com o Estado, para a prestação jurisdicional.

*(e)* As ações de conflito de competência são remédios jurídicos para os casos em que ocorram dúvidas sobre a competência, oriundas ou seguidas de serem tidos por competentes, ou incompetentes, dois ou mais juizes. *a)* O

conflito pode ser *in abstracto;* e assim acontece se ainda as partes não promoveram a ação (conflito de jurisdição abstrato), que poderia ser objeto de consulta ou de ação declarativa pura, ou, um tanto forçadamente, de efeito mandamental (o juiz que fosse incompetente recebera o mandado para não conhecer da causa, e o competente, para conhecer); *b)* O conflito pode ser *in concreto,* e assim ocorre se já houve propositura ou cognição. Esses conflitos *in concreto* ou se estabelecem com a simples propositura, sem o juiz ter explicitado a sua competência para decidir; ou com a explicitação. No sistema do Código de 1973, como no de 1939, o ato de despachar a petição já contém afirmação não-explícita de competência. Nem a afirmação precisa ser explícita.

Note-se, ainda, que o nome “conflito de competência” está em sentido amplo, abrangendo o conflito de jurisdição

<juiz ou não-juiz, autoridade administrativa) e o conflito de competência (esse ou aquele juiz).

O conflito negativo de competência quase sempre se dá quando um juiz se declara incompetente, remetendo os autos àquele que se reputa competente, e este se diz incompetente, e competente o remetente: aí, surge o conflito. Pode acontecer que o segundo entenda que outro, terceiro, é o competente, e lhe mande os autos. Não surgiu conflito, salvo se o terceiro considera competente um dos dois.

3. Espécies de conflito de competência A competência é premissa de qualquer sentença, e a questão a respeito torna-se delicada quando a competência de um órgão estatal *exclui* a de outro. Ou porque o outro não a tivesse, ou porque não a tenha mais, como ocorre entre dois órgãos estatais *competentes,* um dos quais preveniu a jurisdição ou a competência. O conflito preexiste à sua revelação processual, porque existe *per se.* Ainda que os juizes ou o juiz e a autoridade administrativa não o levantem, dizendo-se competentes, o conflito lá está, porque, premissa de sentença, dois órgãos estatais vão proferir sentença sobre o mesmo caso. Se ambos se recusam a tratar o processo, revela-se o conflito, tanto quanto se ambos aceitam, havendo quem combine e comunique as duas afirmativas, ou as duas negativas. Ao conflito que se revela chama-se *conflito real* (art. 115, 1-111), melhor seria dizer-se *revelado;* o conflito que não se revela, *conflito latente* ou *irrevelado.* Juridicamente, o conflito de jurisdição (senso lato, que é dos arts.

115-124), é anormalidade que ocorre no funcionamento dos órgãos estatais, ou fruto de omissão ou obscuridade, ainda não vencida, da lei, de modo que os órgãos estatais *divergem* no entendimento dos textos; ou fruto de insuficiência de um, ou, raramente, de ambos os órgãos estatais, nas conceituações, ou no enunciado da regra jurídica de competência; ou de omissão, obscuridade, ou defeito, na classificação da competência (exclusiva, concorrente, preventiva, etc.). Chama-se *conflito virtual* aquele que se vai produzir com a decisão por dois ou mais órgãos estatais sobre o mesmo caso. O conflito *latente* supõe que um só dos órgãos se tenha pronunciado sobre a competência.

No art. 115, III, está o conflito de competência quando entre dois ou mais juizes surge controvérsia sobre a reunião ou a separação de processos. Ai, positivo; aqui, negativo. O elemento que leva ao conflito é a discordância. O juiz, que se opõe a que a causa se reúna a outra, parte da premissa de que se tem como competente, em conflito como outro. Se um juiz manda separar uma causa, assim procede por se reputar incompetente, e, se o outro, que a recebe, também se considera incompetente e competente o que a separa, há conflito de competência. *Aliter,* se o que a recebeu tem como incompetente o remetente e como incompetente ele mesmo, por ser competente terceiro juiz. Aí, não se criou conflito de competência. Mas pode acontecer que o terceiro, que recebe do segundo a causa, considere competente o primeiro ou o segundo, também se tenha por incompetente. Então há o conflito de competência entre o segundo juiz e o terceiro.

O conflito ou é negativo (nenhum se diz competente), ou é positivo (os dois se dizem competentes).

Tudo que acima dissemos pode ocorrer entre três ou mais juizes, e não só entre dois: três ou mais se reputam competentes; ou três ou mais asseguram serem incompetentes.

Se um juiz se diz suspeito ou impedido e envia os autos ao seu substituto legal, que discorda da afirmação de impedimento ou suspeição, há a subjetividade do fato alegado e o assunto é para ser apreciado em exceção de impedimento ou suspeição, e não há pensar-se em conflito de competência.

Se ocorre conflito de competência entre o Conselho de Justiça e alguma ou algumas Câmaras (Conselho de Justiça do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 23 de setembro de 1945), ou turmas, ou outro corpo julgador, competente para dirimi-lo é o tribunal pleno.”9

4. Ação de conflito de competência O conflito de competência (senso lato) é ação. Corresponde *à pretensão a ter decisão oriunda de juiz competente.* Noutros termos, a que seja juiz competente o que profira a *resolução judicial.*

Não é só a pretensão a que o juiz dê a sentença declaratória ou de condenação; é a pretensão a que o juiz profira a sentença constitutiva, a mandamental, a executiva, ou qualquer resolução judicial. Não é *incidente* da ação proposta, ou

da ação a ser proposta; nem é exceção, posto que se pareça com a de litispendência. É ação autônoma, prejudicial, não das questões que se discutiriam, ou se discutem, na ação a que se refere: é causa preliminar, em sentido de decisão sobre premissa da ação mesma e sua propositura.

O fato de somente se poder cogitar de conflito de jurisdição se algum juiz se dá por incompetente ou como competente, e outro entende que também não é o competente, ou que o é, não faz do conflito de jurisdição recurso, nem se pode eliminar a pretensão ao juiz competente, que tem o interessado.

119A competência do órgão julgador do conflito é matéria dos regimentos internos dos tribunais, conforme o art. 96, 1, a, da Const. 88.

O conflito de competência é *ação incidental,* que as figuras da ação em que o fato da conflitação ocorre *suscitam.* São figurantes da relação jurídica deducta os juizes ou tribunais em conflito, ou os juizes ou tribunais e as autoridades administrativas em conflito. Há pretensão das partes à tutela jurídica; mais: a que tal tutela seja pelo órgão competente. O suscitamento atende a isto. Mas o conflito mesmo é entre juizes; e os pólos ativo e passivo da relação jurídica deducta são os órgãos estatais interessados, não as partes.

Tanto o sistema jurídico brasileiro concebeu o conflito de competência como ação, e não como recurso, ou exceção (o que seria erradíssimo), que os arts. 115-124 do Código de Processo Civil são dedicados aos processos da competência originária,’20 quaisquer que sejam, e até o art. 124I2l cogitou dos conflitos atribuidos entre autoridade judiciária e autoridade administrativa.

Tanto a Constituição de 1967, com a Emenda n0 1, art. 119, 1, *e)* e])’22 na esteira das Constituições anteriores, quanto a lei processual, consideraram ação, e não recurso, o conflito de competência. Por isso, é *originária,* e não *recursal,* a competência do Supremo Tribunal Federal, em tal matéria. As Constituições mesmas o dizem.

O suscítamento é que pode ser pelas partes da relação jurídica processual, ou pelo órgão do Ministério Público, ou pelos próprios juizes. Mas os figurantes da relação jurídica deducta são os juizes ou autoridades em conflito. A construção brasileira foi sábia. Ação incidental, é certo; mas ação, remédio jurídico processual por si só, e não recurso (sem razão, José Frederico Marques,

*Instituições de Direito Processual Civil,* 1, 477).

Na jurisprudência alemã, admitiu-se conflito de jurisdição se há *i,nunidade judicial,* particularmente a respeito de exterritoriais (Otto Fischer, Kompetenzkonflikt gegenúber einem Zwangsvollstreckungsverfahren, *Das Rechts,* 14, 185 e 317). Mas o conceito estava dilatado. Alguém foi tido como sujeito ajurisdição sem se ter manifestado o conflito *(=* nenhum outro juiz ou tribunal, ou autoridade não-judicial se deu como competente). O caso seria de exceção de incompetência se algum juiz se dissesse competente. As vezes, o conflito é só aparente, porque se intentam os mesmos

120

Os arts. 115 a 124 do Código vigente náo figuram entre as normas reguladoras dos processos da competência originária dos tribunais, ao contrário do CPC de 1939, onde os arOs. 802 e 806, relativos ao conflito de jurisdiçào, integravam o Livro VI, dedicado àqueles processos. No diploma atual, o conflito constitui incidente mediante o qual se determina a competência de um dentre dois ou mais drgãos jurisdicionais, nos casos do arO. 115.

121

Const. 88, art. 105, 1, g.

122

Const. 88, arts. 102, lo, e 105, 1, *d.*

pleitos em dois ou mais juízos, e um deles, ou todos, menos um, se dão por incompetentes antes de se citar a outra parte, ou, nos processos *inaudita altera parte* , antes de ser, no caso, estabelecida a relação jurídica processual.

A natureza da ação de conflito de competência não tem sido suficientemente estudada. Ou se sustenta que é declaratória, ou que é constitutiva, ou que é mandamental. A decisão na declaratória do foro é também mandamental; bem assim, a de incompetência pela conexão. Se a ação de conflito de competência pudesse ser proposta antes da manifestação de qualquer dos juizes seria declaratória. Ela exige, em vez disso, que ambas as autoridades se tenham pronunciado (art. 115). Exige a revelação. A ação declaratória da competência

seria outra coisa. O conflito, de que se trata nos arts. 115-124, é real: o órgão superior regula o conflito. A decisão é mandamental, e não só declaratória.

Não basta o conflito só *virtual.* Nem se pode usar da ação de conflito de competência nos conflitos latentes. Nem se pensa em conflito de competência, depois de entregue a prestação jurisdicional por ambos os órgãos estatais, ou por um só. Então é de exceção de coisa julgada, de ação rescisória, ou de embargos do devedor, que se há de lançar mão.

O conflito de competência é entre atividades funcionais; e não entre julgados, ou entre atividade e julgado. O órgâo superior desfaz o conflito, sem condenar, nem constituir. Não encontramos base à natureza preponderantemente

"constitutiva" da sentença proferida no conflito, como sugeriu Sergio Costa (Sopra un caso di conflitto latente di giurisdizione, *Rivista di Diritto Processuale Civile,* VI, 159). Nem declara (preponderadamente), nem executa: manda. A eficácia constitutiva é secundária: trata-se de *efeito,* e não de *força.* Sentença mandamental com efeito constitutivo negativo, para o juiz "vencido", ou para os juizes "vencidos", no que se distingue da *avocatória,* também mandamental, que não desconstitui. Se há desconstituição, há, necessariamente, efeito constitutivo negativo.

*5.* Conflito de competência e avocatória A ação de conflito de competência de modo nenhum se confunde com a avocatória, pela qual o juiz superior, que também teve cognição, manda que o juiz inferior lhe faça subir os autos de alguma causa para que continue a cognição.'23 Desde que

123

Na vigente ordem constitucional não se admite a avocatória, tal como fazia a Constituiçáo anterior, no art. 119, l, alínea o, a ele acrescentada pela Emenda Constituicional n0 7, de 13.4.77. A avocação de que trata o parágrafo único do art. 475 do CPC n~o é a avocatória aludida no texto porque, no caso, já terá havido cognição e a atividade do tribunal será tipicamente recursal.

o juiz inferior sustenta a sua competência não está devolvida a cognição, e o caso é de conflito de competência.

Não temos a consulta ou a ação declaratória de conflito de competência, dito, ambiguamente, preventivo. Temos a ação mandamental de conflito de competência, com eficácia declarativa e constitutiva negativa. A ação não deixa de ser prevalentemente mandamental, ainda quando já haja sentença (não trânsita em julgado) dos dois ou mais juizes, ou decisão de juiz (não trânsita em julgado) e de autoridade administrativa. Se não transitou em julgado, como se supõe, ainda cabem recursos ou recurso, e o juiz não pode, no seu juízo, recebê-lo ou dar-lhe seguimento. O elemento constitutivo negativo (decretação de nulidade da sentença) cresce de ponto, porque se impugnou a sentença e se desconstitui tal prestação jurisdicional; porém o mandado é que mais importa.

Não temos conflito de competência entre sentenças passadas em julgado. O mandado, aí, teria de ser somente efeito, e não força da sentença no conflito: a desconstituição de uma ou mais das sentenças em conflito seria a eficácia precípua, específica. É o que se passa com a sentença na ação rescisória (art. 485, IV). Trânsita em julgado alguma das sentenças, a garantia de ordenamento jurisdicional teria de ser por exceção de coisa julgada, ou pela ação rescisória. Pode-se dizer que a ação rescisória se distingue do conflito de competência, no direito brasileiro, em que, naquela, a sentença há de ter, necessariamente, força constitutiva negativa, ao passo que, nesse, a eficácia constitutiva negativa é ocasional e secundária, podendo conceber-se ação de conflito de competência mandamental.

6. Conflito de competência e conflito de atribuição O conflito de competência real é o que faz nascer a ação de conflito de competência, pois a simples pretensão ao juiz competente não basta, posto que se possa manifestar na exceção declinatória do foro e na de incompetência pela conexão, ou, ainda, na ação declarativa típica (art. 4O)~ O

Código submete ao mesmo processo todos os casos, quer se trate de conflito de competência em senso estrito, quer de conflito de atribuição.

*(a)* A ação de conflito de competência é oriunda da pretensão ao juiz competente, se há “conflito”. Dessa pretensão irradiam-se a exceção de incompetência, o recurso por incompetência do juiz, as alegações, recursais, ou não, de incompetência e de nulidade por incompetência, ou impedimento, ou suspeição , as ações rescisórias, do art. 485, II, e a ação de conflito de competência. A ação rescisória é constitutiva negativa; a de conflito de

competência, mandamental, com efeito, quase sempre, constitutivo negativo. Não há efeito especial quanto aos cartórios (Supremo Tribunal Federal, 18 de janeiro de 1919, *R. de D.,* 58,314). Seria conteúdo do mandado. Idem, em caso de qualquer recurso, se o juiz se diz incompetente.

*(b)* Dá-se conflito de competência, quer a disputa seja sobre a faculdade ou poder de decidir *(notio),* inclusive instrutória, ou de executar *(imperium)* e mais atos de coercizão *(coercitio),* quer quanto à documentação.

O conflito de competência supõe, que, na matéria, não esteja um dos juizes ou a autoridade administrativa subordinada à decisão do outro julgador. Não o exclui a hierarquia, pois é possível conflito entre juiz de primeira instância e juiz de outra instância, quanto à jurisdição. Certo julgou a ia Câmara Cível do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, a 10 de junho de 1943 *(R. F.,* 96, 113). Não importa se a discrepância se funda em que um dos juizes, substituto do outro, entende ilegal a substituição *(e. g.,* um deles se deu por impedido ou suspeito e o outro se julga incompetente; Tribunal de Apelação do Rio Grande do Norte, 8 de maio de 1940, *R. do 7'. de A.,* 11,406).

*(c)* Quando o tribunal resolve sobre o conflito de competência, tem de apenas dizer qual o juiz competente; não pode entrar em apreciação do mérito da causa, ainda que as partes hajam acordado em submetê-lo ao tribunal.

*(d)* Da ação pode desistir o suscitante, ainda se se trata de juízo de falência (sem razão, o Supremo Tribunal Federal, a 10 de abril de 1920, *R. de D.,* 63, 122). As outras pessoas do art. 116 podem, como litisconsortes voluntários, prosseguir, mas isto é, sem dúvida, outra questão.

*(e)* O conflito refere-se à atividade exclusiva, não à que pode ser cumulada *(e.g.,* penhora, Supremo Tribunal Federal, 25 de julho de 1917, *R. J.,* VII, 48; 15 de maio de 1920, *R. de D.,* 62, 279; 18 de maio e 22 de julho de 1921,R. S. *T*

*F.,30,* 101;28deabrile l4denovembrode 1923, 51, 422; 71, 33). Não pode ser entre juizes que estejam subordinados nas mesmas matérias ou em geral (cp. Tribunal da Relação de Minas Gerais, 29 de março de 1911, *R. F.,* 15, 431; 16 de março de 1912 e 19 de maio de 1923, 18, 144; 41, 129). Nem pode suscitá-lo quem não é *interessado* (Corte de Apelação do Distrito Federal, 9 de julho de 1930, *R. de D.,* 100, 121).

*(f)* Basta que ambos os juizes queiram processar causas conexas, nas espécies em que se dá a competência pela conexão (Supremo Tribunal Federal, 8 de outubro de 1923,5 de julho de 1924, *R. S. T. F.*, 57, 241; 67, 109). Se se decide que os juizes que se dizem incompetentes não no são, a decisão é declarativa.

Se as partes se conformam com a competência de um dos conflitantes, não tem mais objeto o remédio jurídico do conflito de competência (cf. *1a* Câmara Cível do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 6 de fevereiro de 1947, *R. F.*, 115, 155), salvo se cabe a alguma das autoridades proceder de ofício, ou se é absoluta a incompetência.

A regra jurídica sobre o suscitamento pelo juiz (art. 116) somente tem incidência em se tratando de conflito positivo de jurisdição ou de competência. Se o conflito é negativo, só as partes podem suscitar o exame da espécie (6~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 30 de janeiro de 1948, *R. dos 7'*., 173, 122).

(g) Já se viu que não há conflito de competência se algum dos juizes proferiu sentença e essa passou em julgado. O

estado em que se acha a cultura brasileira a respeito de ação rescisória repeliria concepção, que alhures medrou, de cassação em caso de conflito de competência, estando trânsitas em julgado as decisões. Isso mesclaria a ação constitutiva negativa da rescisão com a ação mandamental de conflito de competência, conturbando a sistemática do direito processual e prejudicando a sua evolução técnica.

A propósito frisemos que a ação rescisória, que tem o sistema jurídico brasileiro, é um dos melhores institutos que temos; e, noutros países, não há tal ação, o que lá existe é remédio jurídico recursal.

Seja transitou em julgado a decisão judicial definitiva no processo em que se afirmou a competência judicial, a autoridade administrativa não mais pode suscitar conflito de competência. A entidade estatal teria de propor a ação rescisória da decisão. Não há, no direito brasileiro, a regra jurídica do *§* 42, II, da *Oesterreichische Jurisdikitionsnorm*, que admite à Corte Suprema da Áustria, decretar, ainda depois da coisa julgada formal da decisão judicial definitiva, a nulidade do procedimento judicial. A resolução definitiva da autoridade

administrativa, trânsita em julgado, não é óbice a que a autoridade judiciária conheça e julgue a questão de sua própria competência.

Se o conflito seria negativo e transitou em julgado a decisão judicial ou a administrativa, não há pensar-se em conflito de competência.

7.Decisão sobre qual é o juiz competente O conflito de competência, em senso restrito, é só entre juizes ou tribunais judiciários. O órgão estatal, judiciário, que decide o conflito, tem de examinar, não qual dos dois juizes é o competente, mas qual o juiz competente, e o princípio inquisitivo entra em cena, em vez do princípio dispositivo. Se um dos juizes já decidiu o mérito, com força de coisa julgada formal, não cabe conflito seria conflito entre *julgado* e *atividade.* A jurisprudência é assente *(R. S. 7'. F.,* 20,470; 40, 533; SI, 304; 65, 284; 70,460; 71, 588; 85, 36; *D.,* 74, 226; 94, 350; *A. J.*, 33, 475; *R. F.,* 21 ,-39). Errado o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 20 de setembro de 1918 *(R. dos* 7'., 29, 98), que permitiu conflito de competência depois de já ter passado a decisão que decretou a falência.

"Quando dois ou mais juizes", diz o art. liS, 1 e II; exceto, entenda-se~ o Supremo Tribunal Federal. Não há conflito de competência entre qualquer juízo ou autoridade administrativa e o Supremo Tribunal Federal (14 de janeiro de 1920, *R. de D.*, 62, 282; 17 de setembro de 1928, 20, 269; 15 de novembro de 1942, *R.F.,* 95,333). Enquanto, porém, não se interpôs recurso para o Supremo Tribunal Federal e não se opera a devolução segundo os princípios, ainda é possível o conflito de competência entre os juizes ou tribunais ou entre qualquer deles e autoridades administrativas.

8. Conflito de atribuições *Conflito de atribuições* diz-se o conflito entre autoridades judiciárias e autoridades administrativas (adiante, art. 124). A autoridade judiciária superior, que decide sobre jurisdição, não está subordinada a qualquer resolução já existente de autoridades administrativas, quaisquer que sejam. Mas as autoridades administrativas ficam vinculadas ao que decide a autoridade judiciária superior. O próprio principio inquisitivo permite se responda que terceiro órgão é competente.

O conflito entre juiz e autoridade administrativa é, tipicamente, de *atribuição,* entre juizes, de *competência.* Resta saber se, em todos os casos de procedência da ação de conflito de competência, sendo uma das autoridades, pelo menos,

administrativa, a sentença é mandamental. O ponto está em se fixar a natureza da sentença quando é dirigida a autoridade que não seja judiciária. 60 juiz manda à autoridade administrativa? Há autoridades administrativas *e.* g., oficiais de registro subordinadas (diretamente) àjustiça. Com essas não entende a questão. Surge ela quando a autoridade não está (diretamente) subordinada à justiça, *e.* g., Ministro da Justiça ou Ministro da Fazenda. A resposta é afirmativa. Nenhuma autoridade administrativa, inclusive o Presidente da República, escapa à eficácia (força e efeito) das decisões mandamentais do Poder Judiciário. O caso dos mandados de segurança é exemplo ressaltante.

Ação mandamental, como a de conflito de competência.

Se o conflito é entre autoridade administrativa (federal e estadual ou municipal; estadual e municipal), não há pensar-se em conflito de competência que se possa levar, como conflito de competência, ao Poder Judiciário (Supremo Tribunal Federal, 20 de dezembro de 1946, *R. dos* 7'., 168, 370; *A. J.*, 82,88). O conflito entre entidades políticas (União e Estados-membros ou Municípios, como integrantes de Estado-membro) somente pode ser suscitado em ação que se inclua na menção do art. 119, 1, *d)'24* da Constituição de 1967, com a Emenda n0 1, ou em questão prévia de alguma demanda. Aí, o conflito é de atribuição.

O assistente pode suscitar conflito de competência, desde que não entre em choque com o interesse do assistido (Supremo Tribunal Federal, 23 de janeiro de 1946, *O.D.*, 40, 133).

O terceiro, que a sentença pode atingir, é legitimado ativo (Câmara Cíveis Reunidas do Tribunal de Apelação de Pernambuco, 22 de abril de 1946, A. *J.*, 19, 177).

9.Momento de caracterização do conflito de competência O conflito de competência caracteriza-se desde que dois ou mais juizes conhecem da mesma matéria, ou dois ou mais se dizem incompetentes. O deferimento do mais simples item da petição inicial, ou de pedido de avocação, ou ato que a isso equivalha, significa suficiente cognição e estabelece o conflito, se outro juiz procedeu do mesmo modo. Pois a prestação teria de ser uma só, e há dois ou mais processos em dois ou mais juízos. O dar despacho que não seja de simples distribuição, ou de autuação, ainda com a ordem de serem conclusos os autos sem ser para conhecer da questão de competência, ou sem que o teor da petição,

pondo em relevo tal questão, mostre que o despacho de distribuição e de autuação foi de caráter provisório, é conhecer, já numa parte, do pedido e, pois, julgar-se, implicitamente, competente. Por isso mesmo, aquele que, inadvertidamente, despacha petição inicial, ainda se somente quanto ao item de distribuição e autuação, deve, se se reconhece incompetente, ordenar o arquivamento, ou a entrega à parte do processo iniciado conforme for o caso, e informar, se houve propositura de ação de conflito de competência (Corte Suprema, 5 de junho de 1935). Idem, nos conflitos de atribuição.

*(a)* É preciso que o juiz ou tribunal se haja pronunciado sobre a competência. Não basta que tenha havido atos que ainda não importaram em tal afirmação. Por outro lado, é de mister que não tenha havido, a respeito, coisa julgada formal.

No julgamento do conflito de competência, o tribunal apenas resolve a questão da competência. Se a decisão é pela competência do juiz em que está o processo, prossegue-se em seu andamento. Se contrária ou a parte a retira, ou o juiz, no cumpra-se, ordena que se remetamos autos à autoridade competente.

*(b)* No conflito *negativo* de competência, ou se diz, no julgamento, *(a)* que um só dos conflitados é competente, ou se diz *(b)* que ambos o são e pode haver prevenção de competência, ou se diz *(c)* que outros o são e pode haver prorrogação, ou *(d)* que nenhum dos conflitados o é. Em *(a),* o juiz competente está, *in casu,* apontado como competente, embora nenhuma relação jurídica processual ainda exista (e aí está argumento fortíssimo contra os que pretendem que a ação de conflito de competência não é ação). Em *(b),* aquele que primeiro conheça da petição, em virtude do julgado na ação de conflito de competência, tem competência preventa. Em *(c),* o que primeiro conheça da petição, em virtude do julgado na ação de conflito de competência, tem competência prorrogada. Em *(d),* nenhum dos figurantes da ação de conflito de competência pode conhecer da petição a que se aludira.

10. Competência “in casu” A competência, de que se trata, há de ser para o caso. Assim, se um juiz se diz competente para uma ação e outro para outra, sem serem de competência conexa, *e.* g., ação de usucapião e ação de nunciação de obra nova (5~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 15 de dezembro de 1942, *D. da J.,* de 12 de fevereiro de 1943, 893), não há conflito de competência.

A competência deve existir ao tempo de se proferir a sentença. Se, a esse tempo, era competente o juiz, não há falar-se de incompetência superveniente. Na instância superior, o julgado que se aprecia em via recursal é situado no tempo em que se proferiu. Se não houve sentença e o julgamento e de exceção de Incompetência, ou de conflito de competência, o que importa é o momento em que se vai proferir a sentença. Os autos podem ter de baixar, por exemplo, ao juiz, para que prolate, até o momento em que é competente; se o não faz, a incompetência estabelece-se.

O tribunal que aprecia a competência dos juizes ou dos outros tribunais tem competência para julgar da competência dos outros (competência de competência, *Kornpetenz-Kompetenz)*

Se só um dos juizes se diz incompetente, ou competente, não há conflito de competência. Mas tem-se de entender que se reputou competente o juízo que decide ou processa a ação de que se trata, ainda que sofisme ou dissimule a sua atividade jurisdicional.

Se pende exceção de incompetência, disse o acórdão do Supremo Tribunal Federal, a 9 de junho de 1943 *(D. da J.,* de 17 de fevereiro de 1944, 1 .028), não "procede" o conflito de competência. Sem razão: primeiro,porque o art. 117

somente veda que se use, ao mesmo tempo, da exceção de competência e do conflito de competência, e essa vedação se dirige a cada interessado, e não a todos (um pode preferir a exceção de incompetência, e outro, desde logo, o conflito de competência); segundo, se foi oposta a exceção de incompetência, o caminho, que há de tomar o tribunal, diante do suscitamento do conflito de competência, é o de não conhecer da ação de conflito de competência, por intempestiva, e não o de julgá-lo improcedente. Se se julga a exceção de incompetência, está prejudicado o conflito de competência.

Se um dos juizes do conflito alega *prevenção,* a decisão, no agravo de instrumento, que o tem como competente, ou tem como competente o outro, não prejudica o conflito de competência, porque, aí, se abstrai da questão da competência e a prevenção é plus.

Se num dos juízos já houve sentença trânsita em coisa julgada, não há conflito de competência (3~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal,

26 de outubro de 1943, *D. de 1.*, de 8 de maio de 1944, 1 893). Ter-se-ia, no segundo processo, de se apresentar exceção de coisa julgada.

11. Conflito negativo de competência O conflito *negativo* de competência ocorre se nenhum dos juizes se dá como competente. Ainda ai está *a pretensão ao juízo competente.* A sentença do juiz em que reconhece a incompetência pode suscitar conflito de competência. Outrossim, a reconsideração em qualquer recurso interposto, em que isso caiba, se importa declarar-se incompetente ojuizo. Errados, os julgados do Supremo Tribunal Federal (27 de setembro de 1924, *R.S.T.F.,* 71, 568; 11 de abril de 1923, 51 304; 14 de dezembro de 1918, 20, 270; 5 de setembro de 1917, *R.*

*de D.*, 48, 123; 15 de junho de 1918, 51, S33; ainda anos após, 13 de julho de 1934, *A. J.*, 33,475) em que se afirmava não ser mais proponível a ação de conflito de competência seja há sentença nos autos. Se ojuiz decide pelos embargos do art. 741, 1, o conflito estabelece-se se outro juiz também se reputa incompetente. Por onde se vê que o enunciado era falso, quer positivo, quer negativo o conflito. A decretação da rescisão da sentença por incompetência pode provocar conflito negativo se a decisão rescindente é de tribunal inferior ao que conheceria do conflito de competência.

Não há conflito de competência se dois ou mais juizes se dizem Incompetentes e atribuem a outro juiz, ou outros juizes, a competência. Então, o conflito se estabelece entre todos, se esse juiz, ou esses juizes, não estão de acordo com a atribuição que lhe é feita, ou que lhes é feita por aqueles. Certo o Supremo Tribunal Federal, a 18 de abril de 1928 *(A. J.*, VI, 486).

Se um juiz se diz incompetente e aponta a competência de outro, que também se declara incompetente, a espécie é de conflito negativo de competência. Se esse juiz, que se deu por incompetente, remete os autos ao outro juiz, caracteriza-se o conflito negativo de competência (Supremo Tribunal Federal, 11 de setembro de 1947, *R. F.*, 117,444). Todavia, se um juiz se diz incompetente, numa petição, e outro, noutra, embora sobre a mesma causa, não está o autor adstrito a suscitar o conflito de competência, em vez de interpor o recurso de qualquer das decisões, razão por que foi demasiado peremptório o acórdão da *2a* Turma do Supremo Tribunal Federal, a 12 de novembro de 1946

*(R. F.*, 109,403).

Se um juiz se dá por suspeito e o substituto afirma, por despacho, não haver suspeição, entendeu o Tribunal de Justiça de Alagoas, a 4 de agosto de 1950 *(R. F.*, 143, 31), que cabe o conflito de competência (contra, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, a 14 de setembro de 1951, *R. do T. de J.*, 10, 116). Cabe ao interessado interpor recurso quanto ao segundo despacho. É preciso, porém, advertir-se em que o juiz pode declarar-se suspeito por motivo intimo (art. 135, parágrafo único).

Para se saber se um juiz é competente e outro não é, quer surja exceção de incompetência, quer conflito de competência, e a competência é regida pelos arts. 88 e 89, não há tratamento diferente dos juizes a que se referem os arts. 88 e 89 e os juizes de competência puramente interna.

12. Junção e disjunção dos processos A *junção dos processos* dá ensejo a conflito positivo de competência, e a *disjunção de processos*, a conflito negativo, se aquela, ou essa, implica negação da competência de outro juiz, ou da própria. Se um desses pressupostos não se compõe, não há falar-se de conflito de competência.

13. Tempo para a suscitação do conflito Se a parte apresentou exceção de incompetência (5~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 1~ de dezembro de 1950, *R. dos T.*, 190, 681), ou se, contestando a ação, alegou a incompetência absoluta do juízo (cf. Tribunal Federal de Recursos, 28 de setembro de 1950, *D. da J.*, de 8 de setembro de 1951), não pode suscitar conflito de competência.

Oposta exceção de incompetência, ou suscitado o conflito no prazo legal, não se contam os dias, em desconto ao prazo para a contestação. Há suspensão do processo, e não do prazo. Após o julgamento da exceção, ou do conflito, tem a parte o prazo legal.

*Art. 116. O conflito* 4) *pode ser suscitado por qualquer das partes ), pelo Ministério Público 3) ou pelo juiz* 2) *Pará grafo único. O Ministério Público 5) será ouvido em todos os conflitos de competência; mas terá qualidade de parte naqueles que suscitar.*

1.Angularidade da relação jurídica processual, no conflito de competência O conflito de competência ou de jurisdição dá ensejo à angularidade da relação

juridica processual: *a)* parte, Estado; Estado, órgãos divergentes; *b)* órgão do Ministério Público, Estado; Estado, órgãos divergentes; *c)* juiz, Estado; Estado, juiz; *d)* autoridade administrativa, Estado; Estado, juiz; *e)* juiz, Estado; Estado, autoridade administrativa. Suscitado por uma das pessoas do art. 116, as outras podem ser litisconsortes voluntárias (sem razão, o Supremo Tribunal Federal, a 6 de maio de 1916, *R. de D.,* 41, 339).

2. Legitimação processual ativa Quem quer que esteja sujeito à eficácia da sentença, que qualquer dos juizes, no conflito positivo de competência, possa proferir, ou, no conflito negativo, "deva" proferir, trate-se de força, ou só de efeito do julgamento, é *interessado* para se legitimar como *autor* da ação de conflito de competência. "Partes" está, ai, por pessoa interessada como parte; e não por parte. O interveniente do art. 50 *(a fortiori,* o do art. 54) é interessado e, pois, legitimado ao suscítamento.

O Supremo Tribunal Federal, a 28 de junho de 1945 *(D. da J.,* de 11 de dezembro de 1945), decidiu que pode suscitar conflito de competência o juiz do último domicilio do decujo, embora ainda não esteja sendo aí processada a ação de inventário e partilha, se recebe carta precatória de outro juízo para avaliação do imóvel. O julgado tem conteúdo geral apreciável, que convém explicitar-se. Sempre que ao juízo chega ato judicial que implique ter-se dado por competente, para ele, o outro juízo, pode o juiz afirmando, em despacho separado, ou no próprio despacho de suscitação do conflito, a sua competência, provocar o julgamento. Por isso, tem-se de entender em termos o acórdão do Supremo Tribunal Federal, a 2 de janeiro de 1946 *(D. da J.,* de 21 de janeiro de 1947), que disse ser improcedente (aliás deveria não ter conhecido) o conflito de competência de um dos juízos se não teve oportunidade de afirmar a própria competência. Juiz que suscita o conflito de competência, implicitamente se afirma competente.

3. Ministério Público A legitimação do órgão do Ministério Público, no suscitar o processo e o julgamento do conflito, não se funda em proteção de algum interessado, e sim na promessa estatal, que também lhe é feita, de que as causas serão julgadas pelo juiz competente. Portanto, também tem a *pretensão a decisão oriunda de juiz competente,* posto que não seja parte no feito, isto é, a eficácia da decisão não o atinja. Isso bem mostra que o sujeito da pretensão à tutela jurídica pode não ser o sujeito da relação juridica que é *res in iudiciuin deducta.* ConseqUentemente, que a ação de conflito de competência nada tem,

subjetiva e objetivamente, com a da *res in iudicium deducta:* essa é apenas o fato a que se refere a regra jurídica de competência; a infração da regra jurídica de competência *mais* a conflitação ocorrida fazem nascer a ação de conflito de competência. Sem a conflitação, a infração daria apenas a exceção de incompetência; com o conflito, sem a infração, a de litispendência, que pode surgir, também, sem conflito, por ser um só o juiz dos dois ou mais processos pendentes. Adiante, nota 5).

A referência ao Ministério Público, no art. 116, nada tem com as espécies em que o órgão do Ministério Público funciona como parte. Se ele é parte, não é como membro do Ministério Público que ele suscita o conflito, mas sim como parte. Se ele é parte, ou, ainda, se não sendo parte, suscitou o conflito de competência, embora, ai, não seja parte, assume a qualidade de parte (art. 116, parágrafo único). Não se pense em ser parte nas ações, mas sim em ser parte na ação de conflito de competência, pois que se trata, verdadeiramente, de ações.

Quanto ao Ministério Público que tem de ser ouvido nos conflitos de competência, não há de ser órgão do Ministério Público que atuou como parte, nem mesmo o que suscitou o conflito de competência. Adiante art. 121.

4.Conflito dc competência entre autoridades judiciárias e administrativas O conflito de competência entre autoridade judiciárias e administrativas limita-se, quanto ao processo que corre na administração, a resolver sobre a jurisdição.

Não é verdade que só se possam conceber conflitos de competência entre autoridades judiciárias. Há-os também entre autoridades *judiciais* e *autoridades administrativas.* No próprio sistema jurídico brasileiro, em que há o principio constitucional segundo o qual a lei não pode excluir da apreciação judicial qualquer lesão de direito individual, espécies há que têm de ser julgadas por autoridades administrativas ou legislativas e, enquanto não julgam, não é possível provocar- se a apreciação judicial de que se cogita no art. 153, ~ 40, da Constituição de 1967, com a Emenda n0 1.125 São ineliminâveis, a despeito da separação dos poderes, funções administrativas do Poder Judiciário, funções judiciárias do Poder Legislativo, ou do Poder Executivo, e até legislativas do Poder Judiciário e do Poder Executivo.

Assim, está certo o art. 124 do Código de Processo Civil. Apenas fez mal o art. 118 em não aludir a autoridade administrativa, ao mencionar quais as pessoas

que podem suscitar o conflito. Certo, o Código de 1939, art. 803, III

<juiz ou autoridade administrativa). Mas há, o art. 124, que mostra como se há de interpretar o art. 118.

As autoridades administrativas e os juizes e tribunais são independentes entre si, em virtude *do princípio de independência dos poderes.* Têm de resolver as questões que se lhes apresentam, sem que possam intervir as outras autoridades. A apreciação judicial, de que fala o art. 153, ~, 40 da Constituição de 1967, com a Emenda n0 1,126 é *posterior,* após a coisa julgada formal administrativa, salvo se a técnica legislativa preferiu a via recursal (decisão administrativa, mas recurso judicial). Cf. Emenda n0 7, de 1977.

Todavia, a Justiça pode ter de considerar que o ato administrativo foi acorde com a Constituição e as leis, ou que não se trata de ato que possa ser apreciado segundo o art. 153, *§* 40 da Constituição.'27 É a administração, a cada momento, que tem de atender a soluções de questões prejudiciais ou prévias, que foram dadas na justiça.

De regra, as decisões *constitutivas* das autoridades judiciais e das autoridades administrativas impõem-se às outras autoridades. Em todo caso, no sistema jurídico brasileiro, o controle judicial vai muito mais longe do que nos outros sistemas jurídicos, inclusive no dos Estados Unidos da América.

O conflito de atribuições independe do poder de justiça, quanto a mais tarde, examinar, em ação adequada *(e.* g., ação de nulidade ou de anulação, ação de mandado de segurança, ação de *habeas corpus),* o que foi resolvido pela autoridade administrativa. Também independe de ter a autoridade administrativa de *repetir* o ato, já de conformidade com o que julgou a justiça *(e.g.,* nomeou, mas foi nula a nomeação, e repete o ato, observando o julgado).

125

Const. 88, ari. 50 XXXV, sem repetir a 2 parte do § 40 do art. 153 da Constituição anterior, onde se previa a possibilidade de condicionamento do ingresso em juízo à previa exaustão das vias administrativas.

126

~d. a nota anterior.

127

Vd.anosa

125.

A competência tem de ser verificada para o momento em que a autoridade judiciária ou a autoridade administrativa tem de resolver.

Por outro lado, as decisões dos juizes e tribunais, trânsitas, formalmente, em julgado, e as das autoridades administrativas, que transitaram formal-mente em julgado e não mais estão sujeitas à apreciação judicial segundo o art. 153, *§* 40125 da Constituição, produzem *coisa julgada material,* dentro e fora do poder que as ditou. Observe-se, porém, que a eficácia de coisa julgada material é só *entre partes.* De modo que, se, perante a justiça, A e B se diziam herdeiros e foi decidido que herdeiro era A, não pode a administração considerar herdeiro, para pagar-lhe aluguéis ou para cobrar-lhe impostos sobre a herança, a B, posto que, na discussão, perante a administração, entre A e D, que se diz herdeiro em vez de A e de B, *possa* a administração entender que D é que o herdeiro (cf. Georg Kuttner, *Urteilswirkingen auserhalb dez Zivilprozesses,* 138 s.). O art. 153, *§* 40,129 da Constituição assegura a A o exame judicial de tal resolução administrativa.

*5.* Figura da relação jurídica processual A figura da relação jurídica processual é a da letra *b)* da nota 1).

O parágrafo único do art. 116 explicita ser parte, no caso de suscitar o conflito de competência, o órgão do Ministério Público. Tal regra seria de ser enunciada pelo doutrina, ainda se não estivesse escrita, por ser o órgão do Ministério Público, em tal caso, autor da ação de conflito de competência. Já vimos, à nota 3), que ele é titular da pretensão a decisão oriunda de juiz competente, e essa pretensão é independente da ação de que resulta o conflito. De modo que o órgão do Ministério Público é legitimado, *ainda* que não tenha de funcionar, por algum motivo (incapazes internados, vínculo conjugal, Fazenda Pública, etc.), nos processos ou em qualquer deles.

Seja qual for o suscitamento da ação de conflito de competência, o Ministério Público tem sempre de ser ouvido. Se órgão do Ministério Público é a parte, pergunta-se, ~,tem o mesmo órgão de ser ouvido, apesar de ser parte, ou cabe tal função a outro órgão do Ministério Público? A segunda solução é a única cabível, porque se está em superior categoria e, decorrido o prazo assinado pelo relator para que o juiz ou os juizes prestassem as informações (art. 119), tem de ser ouvido, em cinco dias, o Ministério Público (art. 121), que é o que funciona perante o Tribunal.

128 ‘Vd.anota 125.

29 \‘d.anota 125.

*Art. 117. Não pode suscitar ‘) conflito a parte que, no processo, ofereceu exceção de incompetência* 2) 3) *Parágrafo único. O conflito de competência não obsta, porém, a que aparte, que o não suscitou, ofereça exceção declinatória do foro* 4),

1.Coisa julgada formal das decisões sobre competência A decisão sobre a competência produz coisa julgada formal; porém não obriga *noutros* processos. Se a parte opôs a exceção de incompetência, entende o art. 117 que não mais lhe é dado suscitar o conflito. Cumpre precisar-se a espécie:

B, réu, opõe, na ação de A, a exceção de incompetência tendo, ou não, noutro juízo, ação proposta; já escolheu o caminho, e não se lhe concede suscitar o conflito. Porém, não *conhecida* a exceção, em primeira ou superior instância, é suscitável o conflito, salvo *a)* se o juiz também já decidiu, com eficácia de coisa julgada formal, quanto ao mérito, ou *b)* se o tribunal que decidiu quanto à exceção já decidira quanto à ação de conflito de competência, suscitada pelo outro juiz. O art. 117 somente se aplica enquanto não se repeliu a exceção.

Se B perde a exceção e tinha caso pendente, claro que a resolução sobre ela pode cortar um dos pólos do conflito. Se B perde a declinatória do foro, e não tinha outra ação, não está inibido de propor a ação contra A, noutro juízo, e A poderá suscitar o conflito; tanto quanto B, salvo os dois casos *a)* e *b).*

2.Exceção de incompetência e conflito de competência Se B excetua de incompetência no foro de A e perde, B está inibido de excetuar de incompetência

o foro da sua própria causa, mas pode suscitar no seu foro o conflito, porque a decisão no foro de A não faz coisa julgada noutro processo. Sobre a matéria do art. 11 7, já estava assente na jurisprudência que a exceção de incompetência ou de litispendência "em curso" impedia suscitar-se o conflito de competência (Supremo Tribunal Federal, 22 de agosto de 1917, *R. de D.,* 54, 75; Tribunal de Justiça de São Paulo, 16

de agosto de 1933, *R. dos T.*, 90, 52). Não é verdadeira a proposição que diz só se poder usar do conflito de competência (sem razão, o Supremo Tribunal Federal, a 4 de agosto de 1923, *R. do S.T.F,* 60, 33).

Quem ofereceu exceção de incompetência não pode suscitar o conflito de jurisdição. Quem o suscitou não está privado de oferecer exceção declinatória do foro. A exceção de incompetência pode ser oposta quando só um juiz se tem como competente, ou se há outro ou outros que se digam competentes. Não importa qual seja a incompetência, relativa ou absoluta, para que o interessado a afirme: se relativa, cabe a exceção de incompetência (art. 112); se absoluta, pode ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção, e até mesmo declarada de oficio (art. 113). Pergunta-se: se foi alegada a incompetência absoluta, i,há obstáculo a que o alegante suscite o conflito de jurisdição? O art. 117 só se refere à exceção de incompetência e não à alegação de incompetência absoluta. Essa é assunto para preliminar da contestação (art. 301, II: "Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar: II incompetência absoluta"). Aliás pode ser alegada a qualquer tempo.

No art. 117, parágrafo único, permite-se "exceção declinatória do foro" mesmo se suscitado o conflito de competência pelo que oferece a exceção. Não se pense em alegação de incompetência absoluta, que, hoje, de modo nenhum se confunde com a exceção. O tratamento é diferente. Pode-se alegar a incompetência absoluta a qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 113), sem se pensar em exceção de incompetência, e o art. 117, parágrafo único, de modo nenhum pode se referir à alegação de incompetência absoluta. Seja houve o sobrestamento do processo, afastada está a permissão da exceção (cf. arts. 120 e 266). Se foi o réu que suscitou o conflito de competência, nem por isso se lhe pode negar a legitimação à exceção de incompetência: ele é que verifica se há interesse nas duas atitudes.

3.Relatividade da pré-exclusão O fato de um dos interessados ter oposto exceção

de incompetência não exclui o suscitamento do conflito de competência por outro, ou pelo juiz (Tribunal Superior do Trabalho, 7 de abril de 1947, *D. da J.*, de 7 de junho de 1947). Mas ojulgamento da exceção tem de ser *antes* do julgamento do conflito.

*4.* Oposição de excecção após haver conflito de competência Se alguma parte não suscitou o conflito, pode opor exceção declinatória do foro. Se a incompetência seria absoluta, há as regras jurídicas dos arts. 301, II e 303. A exceção de incompetência tem de ser julgada antes.

Não se proibe a quem não opôs exceção de incompetência que suscite o conflito de competência. A quem a opusera, sim. Se já havia a ação de conflito de competência, a parte, que o não suscitou, pode excepcionar. Quem disse, em exceção, que o juiz não era competente, já deu o primeiro passo para a solução, e não lhe cabe legitimação a suscitar o conflito, tanto mais quanto a exceção de incompetência, diante do conflito de competência, tem de ser julgada antes e, se positivo o conflito de competência seria inconcebível que o suscitasse quem opusesse exceção de incompetência.

Se a parte, em vez de oferecer exceção de incompetência, alega incompetência absoluta, de modo nenhum se há de pensar em invocação do art. 117. Ou a alegou na contestação (art. 301, II), ou em qualquer outro momento e grau de jurisdição, independentemente de exceção (art. 113).

Oart. 117, parágrafo único, não constava do Código de 1939. A referência a "exceção declinatória do foro" só é feita a exceção de incompetência, que há de ser relativa, pois, hoje, não há exceção de incompetência absoluta: o que há é alegação na contestação e a qualquer tempo. Seria. reprovável que se discutisse se, iniciado o conflito de competência, não pudesse ser alegada a incompetência absoluta. A interpetação do art. 117, parágrafo único, como se erradamente chamasse "exceção declinatória do foro" a exceção de incompetência e a alegação de incompetência, é de afastar-se porque só aludiu à exceção, que é incompetência relativa, e não havia necessidade de permitir alegação que, pela lei, é inafastável.

A ação de conflito de competência, se é positiva, dá ensejo ao sobrestamento do processo (art. 120) e, como se prevê no art. 117, parágrafo único, pode, antes, ter sido oposta exceção de incompetência (depois, não, cf. art. 266). Se não foi

sobrestado, nenhum óbice existe para a exceção de incompetência. A alegação de incompetência absoluta é declarável de oficio e pode ser feita “em qualquer tempo e grau de jurisdição” (art. 113), de modo que, mesmo suspenso o processo, o tribunal tem de atendê-la, na ação de conflito de competência, que é outra ação que aquela em que se suspendeu o processo.

*Art. 118. O conflito será suscitado ao presidente do tribunal:*

*1 pelo juiz, por oficio* 3);

*II pela parte e pelo Ministério Público, por petição* 4)~

*Pará grafo único. O ofício e a petição serão ~)instruídos com os documentos necessários à prova do conflito.*

*Art. 119. Após a distribuição, o relator mandará ouvir os juizes em conflito, ou apenas o suscitado, se um deles for suscitante* 2); *dentro do prazo assinado pelo relator, caberá ao juiz ou juizes prestar as informações.*

1. Ofício, petição inicial e prova A lei exige que a petição já esteja instruída. Idem, quanto ao ofício. Naturalmente, a prova é a certidão dos dois despachos, ou de despacho de um juiz e do oficio, alvará ou ordem de outro, bem como o que for necessário para fundamento da ação de conflito de competência. A petição há de ser dirigida ao Presidente do Tribunal, a que caibam a apreciação e o julgamento. Tem de ser feita a distribuição e o relator ordena que sejam ouvidos os juizes em conflito, *se necessário,* ou apenas o suscitado. O ofício do juiz também há de ser instruído com os documentos necessários à prova da ação de conflito.

É da competência do Supremo Tribunal Federal (Constituição de 1967, com aEmendan0 1, art. 119,1, *e),* processar e julgar os conflitos de jurisdição entre quaisquer Tribunais e entre Tribunal e juiz de primeira instância a ele não subordinado (redação dada pela Emenda n0 7, de 1977). ‘~<‘ Antes, entre Tribunais Federais de categorias diversas e entre Tribunais de Estados-membros e do Distrito Federal. Ao Tribunal Federal de Recursos, compete, hoje, processar e julgar os conflitos de jurisdição entre juizes federais a ele subordinados e entre juizes subordinados a tribunais diversos (redação dada pela Emenda n0 7, de 1977 ao art. 122, 1, *e).’3’*

Quanto ao procedimento, no Tribunal, dos conflitos de competência, tem-se de atender ao que se estatui nos arts. 547, 548 e 552. Não há revisor, nem sustentação oral.

2. Esclarecimentos exigidos pelo juiz relator A prova do conflito há de ser feita com a petição inicial, se algum dos interessados o suscitou. Se os documentos são falhos, o relator pode mandar que a autoridade conflitada esclareça. Se o conflito de competência foi suscitado pelo juiz, ou autoridade, cabe-lhe remeter os documentos, e ao relátor, se são incompletos, mandar que se completem, ou que se se ouçam os juizes. Se a parte não instruiu a petição inicial, é de ser indeferida. Sem razão, a 4a Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 11 de abril de 1944 *(D.*

*da J.* de 16 de junho, 1975), que falou de improcedência. O art. 119 diz que o relator "mandará" ouvir os juizes em conflito, ou apenas o suscitado; mas pode isso ser supérfluo, se evidente a solução.

Se o relator exigiu que se dessem mais informações e provas, tem de marcar prazo para que os juizes atendam, ou para o juiz suscitado.

130 Const. 88. arts. 102,1, o e lOS, 1. *d.*

131 Const. 88, arts. 102,1, *de* 108,1, *e.*

Normalmente, as provas necessárias quanto ao conflito são as que se extraem dos autos. Mas pode acontecer que se precise de outros dados probatórios para circunstâncias que influam ou possam influir na solução do problema.

3. Se o suscitante foi o juiz Quando o suscitante foi o juiz, o conflito sobe em ofício com as peças extraídas dos autos, pois ai deve achar-se a prova de que ele e o outro juiz se julgam competentes para o processo. Se o relator entende que precisa de mais esclarecimento, ordena que os dêem os juizes ou só o suscitado. Tal medida não é imperativa.

Não há remessa dos autos ao tribunal. Tudo se há de passar conforme o art. 118, com o parágrafo único, e os arts.

119-121.

*4.* Se o suscitante foi a parte ou o Ministério Público Se o suscitante foi a parte ou o Ministério Público, há a relação jurídica processual entre o suscitante e o tribunal, que se angulariza com o cumprimento do mandado para ouvir os juizes em conflito, no prazo assinado pelo relatório . Em qualquer hipótese, têm os juizes de prestar as informações.

Não se pode negar, ai, a característica de ação.

Se o conflito foi suscitado pelo juiz, e pode mesmo acontecer que mais de um ou todos suscitem, de oficio, o conflito de competência, pode-se discutir se a espécie é de ação, ou se não o é. No art. 118 e parágrafo único, fala-se de "por ofício", quando o suscitamento proveio de juiz, e de petição, se de parte ou do Ministério Público. Ai, apenas se dá à palavra "petição" sentido estrito, porque a função que foi exercida pelo juiz ou foi exercida pelos juizes foi igual à da que exerce a parte ou o Ministério Público, apenas com o caráter de ser de ofício. Não se pense em simples ato processual, mas sim em propositura de ação, de oficio.

Se o juiz ou algum dos juizes não presta as informações que tinha de prestar, não há suspeição de verdade quanto ao que omitiu. O que pode ocorrer é pena disciplinar.

Quando o Ministério Público suscita o conflito de jurisdição, não está apenas levando ao conhecimento do Tribunal o problema que surgiu. A lei deu-lhe legitimação ativa. Se foi ordenada alguma medida urgente e o juiz designado é aquele ao lado do qual o Ministério Público suscitado exerce a sua função, tem de ser ouvido como fiscal da aplicação da lei, a despeito de reputar Incompetente o juiz.

Quando o Ministério Público suscita conflito de competência, ou dois ou mais juizes se consideram competentes, ou dois ou mais juizes se consideram incompetentes. Pode ser que ele já houvesse manifestado a sua opinião a respeito da controvérsia, ou venha a manifestá-la. Nada tem isso com o que se vai passar no tribunal, onde outro órgão do Ministério Público é necessariamente ouvido, segundo o art. 121.

Se, por acaso, dois juizes se deram como competentes e o Ministério Público entende que terceiro é o competente, está ele a suscitar outro conflito de

competência, razão para que sejam suscitados juntos ao tribunal.

*Art. 120. Poderá o relator 6) ~) 8), de ofício, ou a requerimento de qualquer das partes, determinar, quando o conflito for positivo, seja sobrestado') o processo, mas, neste caso, bem como no de conflito negativo, designará um dos juizes para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes 2) 3) 4) 5)~*

1. Eficácia suspendente e propositura da ação Qualquer atividade processual pode ficar suspensa; portanto, a interposição e o procedimento dos recursos (Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, 17 de junho e 5 de setembro de 1930), exceto sobre competência. O prazo para a contestação também se suspende.

No Código de 1939, art. 806, 1, era tida por imperativa a suspensão do andamento do processo, posto que se pudesse interpretar que as circunstâncias podiam afastar a necessidade da ordem do juiz. Sob o Código de 1973, art. 120, acertadamente deixou-se ao juiz a solução.

Suscitado o conflito de competência, o conhecimento da matéria pertence, desde logo, ao corpo julgador, de modo que, se um dos juizes reforma o seu despacho, explícito ou implícito, pelo qual se julgara competente, ou incompetente (cp. Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, lOde outubro de *1940,A. J.,* 56, 431), não se há de sustar o processo. A relação jurídica processual da ação de conflito de competência estabelecera-se com o suscitamento; e só o juízo do conflito pode encerrá-la, com a entrega da prestação jurisdicional.

A suspensão do andamento do processo não é *ipso jure;* depende do mandamento judicial. O relator é que deve decidir que se suste o procedimento (cf. Conselho de Justiça do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 17 de setembro de 1946, *R. F.*, 112, 152).

Se não foi sobrestado o processo, ou não foram sobrestados os processos, o que supõe estar em andamento algum ou alguns deles (o conflito de competência é positivo), tudo continua.

Seja positivo ou negativo o conflito de competência, se o relator entende que há medidas urgentes a serem tomadas, tem de designar o juiz que há de resolver o caso ou de resolver os casos. Não se diga, como se tem dito, que, se o conflito

for negativo, não há lugar para tal providência, pois nenhum deles quer se encarregar do processo.

Acertadamente, o Código de 1973, à diferença do Código de 1939, art. 806, fez facultativo o sustamento e deu ensejo a que se designe o juiz que há de resolver as medidas urgentes, mesmo se negativo o conflito de competência.

2.Procurador-Geral O Procurador-Geral tem no processo de conflito de competência a função de fiscal da lei (art.

83), e não como parte (art. 81), salvo se é parte do órgão do Ministério Público.

Não se pode converter o julgamento do conflito de competência em diligência para se apurar se a Fazenda Pública tem, ou não, interesse na causa (Supremo Tribunal Federal, 14 de janeiro, 1942, *R. F.,* 91, 389). Tem de ser julgado como foi instruído. O que se há de fazer, se os documentos são incompletos, é ouvirem-se as autoridades, judiciárias ou administrativas, em conflito.

3.Audiência da autoridade conflitada Se uma das autoridades suscitou o conflito, deve ser ouvida, se forem incompletos os documentos apresentados, *ou os informes,* e se aparte suscitante não lhe provocou, antes, a audiência.

A outra autoridade não suscitante é ouvida; duas vezes, ou mais, se ocorreu uma das hipóteses acima. Ao relator cabe determinar as medidas.

4.Julgamento, competência O julgamento é pelo Tribunal ou pelo Supremo Tribunal Federal, conforme a Constituição e a lei de organização judiciária (art. 93).

5. Preliminar de cabimento da ação de conflito de competência No julgamento dos conflitos de competência, é preciso que o tribunal primeiro examine se há conflito; depois é que, afirmando existir, há de julgar da procedência. Na jurisprudência, frequentemente se encontram decisões em que os tribunais falam de procedência, ou de improcedência, quando, na espécie, o que se julgou foi preliminar de cognição. Por exemplo, o Supremo Tribunal Federal, a 2 de janeiro de 1946, julgou improcedente conflito de competência porque um dos juizes não tivera ensejo de se dar como competente: tinha de julgar pelo não-cabimento do conflito de competência (= tinha de não conhecer do conflito de competência). A

*2a* Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a 14 de outubro de 1946 *(R.*

*F.*, 111, 471), disse não haver, no caso, conflito de competência, e julgou improcedente (!) o conflito.

o Código de 1939, art. 807, tinha por irrecorrível a decisão em conflito de competência. Como a lei considerava recurso os embargos de nulidade e infringentes do julgado, hoje embargos infringentes, não se podia pensar na oponibilidade deles. A questão seria delicada quanto aos embargos de declaração, mas esses são oponíveis a quaisquer resoluções judiciais. No mesmo sentido, a 6~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 12 de março de 1943 *(R. dos T.*, 173, 601). Tivemos de estranhar o art. 807, que agora se eliminou. Quanto aos embargos de declaração, são eles remédio recursal contra quaisquer decisões, por sua natureza: Daí ter dito a 6~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 12 de março de 1948 *(R. dos T.*, 173,601); "Repelir embargos de declaração seria levar a extremo prejudicial o rigor da lógica juridica, mandando prevalecerem, rigidamente, decisões obscuras, incongruentes, incompletas, contraditórias, quando, precisamente, o que tais decisões devem fazer é resolver o estado de incerteza, de dúvidas, sobre a competência. Os embargos (de declaração) visam a completar, a esclarecer; a aperfeiçoar as decisões, que, se eles não poderiam razoavelmente passar em julgado, ficariam em estado de indecisão e assim causando mais prejuízos do que o advindo da admissibilidade dos embargos, que, de resto, é nenhum". Da decisão na ação de conflito de jurisdição por tribunal que não fosse o Supremo Tribunal Federal cabia e cabe o *recurso extraordinário,'32* porque a legislação ordinária não pode criar limitações à pretensão à tutela juridica estabelecida em texto constitucional. Felizmente, todos esses problemas foram postos de lado.

6. Pluralidade de conflitos de competência A decisão do conflito de competência passa, formalmente, em julgado (Tribunal de Justiça de São Paulo, 20 de julho de 1912, *S.P.J.*, 29, 404; sem razão, o Supremo Tribunal Federal, a 12

de setembro de 1914, *R.S.T.F.*, III, 233). O segundo, se suscitado depois do trânsito em julgado do primeiro, não é de conhecer-se; suscitado antes e levado a exame depois do trânsito em julgado, entende-se prejudicado (Supremo Tribunal Federal, 30 de agosto de 1920, *R. de D.*, 63, 330). Suscitados dois ou mais, não há litispendência entre eles: o primeiro julgado prejudica os outros.

7.Decisão sobre incompetência geral O Código só se refere à decisão do *conflito;* isto é, à decisão que diga qual o juiz competente, dentre os juizes em conflito, ou qual o competente, se nenhum dos juizes conflita132 Cabe o extraordinório, nos casos das três alíneas do art. 102, III. assim como o especial, nas hipóteses das três alíneas do art.

I(35,1II, ambos daConst. 88.

dos o for. Não é de se afastar a decisão que conclua pela incompetência de qualquer juiz brasileiro, nem a que, proclamando competente o juízo do conflito de competência, tenha efeito avocatóno.

8. Invocabilidade da regra jurídica do art. 113, *§* 2~' Nos casos em que o conflito de competência termina pela decisão que considera um dos juizes competente, e o outro, ou outros, incompetentes *ratione materiae,* ou por hierarquia, o art. 113, *§* 20, é aplicável. Se, porém, a outra figura conflitada não é juiz, ou não no são as outras, o art.

113, *§* 2~, não se aplica, nem se pode pensar em incompetência relativa. Se o conflito de competência é decidido a favor de autoridade administrativa, a sorte dojá processado não depende do Código de Processo Civil, de modo que seria impertinente invocar-se o art. 113, *§* 20: ao direito administrativo, talvez especial, cabe dar a solução. O julgado, na ação de conflito de competência, não vai até aí. É outro o campo do sistema jurídico. Tal como ocorre a respeito das exceções de incompetência, que, interiores, como são, aos processos, podem ser apreciadas pelos tribunais, se se trata de processo judiciário; não, se se cogita de processo administrativo. A cognição de conflitos de competência, a respeito de choques entre autoridades judiciárias e autoridades administrativas, só ocorre *por cima* dos processos, podendo descer ao processo judiciário, porém parando, quanto ao processo administrativo, na *declaração* da competência ou da não-competência. Isso mostra que a sua razão de ser é menos dirimir tais conflitos que *resguardar* a esfera jurisdicional da justiça.

*Art. 121. Decorrrido o prazo, com informações ou sem elas, será ouvido, em cinco (5) dias, o Ministério Público* 2); *em seguida o relator apresentará o conflito em sessão de julgamento* 1)3) 1. Prazo e apresentação do processo da ação de conflito Após a decorrência do prazo, que o relator assinou para os

juizes em conflito, ou o juiz suscitado, para a prestação das informações, tem de ser ouvido o Ministério Público, quer como parte, quer como fiscal da lei, dentro de cinco dias. Após, sim, submete-se o conflito em sessão de julgamento, à decisão do Tribunal. O prazo de cinco dias é prazo legal, que começa a correr com a vista dos autos. No Código de 1973, art. 122, não se deu prazo ao juiz relator para o exame e a apresentação (cf. Código de 1939, art. 806, III). O

que se há de entender é que estava ele ciente de tudo que se passara e a apresentação há de ser na primeira sessão de julgamento.

2.Ministério Público Mesmo se o suscitante foi algum órgão do Ministério Público, é indispensável a audiência nos conflitos de competência, tanto mais quanto a sua função fiscal não foi afastada pelo fato de ser parte (art. 118, II, e 116, parágrafo único). O órgão é outro.

3.Julgamento Como se há de proceder na sessão de julgamento, é assunto do Regimento Interno do Tribunal.

*Art. 122. Ao decidir o conflito, o tribunal declará qual o juiz competente* ‘), *pronunciando-se também sobre a validade dos atos* 2) *do juiz incompetente.*

*Parágrafo único. Os autos do processo, em que se manifestou o conflito 3), serão remetidos ao juiz declarado competente.*

1. Decisão do conflito de competência Ao decidir o conflito de competência, tem o tribunal de dizer qual ojuiz competente. Temos, porém, de atender a que a decisão pode ter três conteúdos diferentes: *a)* competente é um dos dois ou mais juizes em conflito; *b)* houve prorrogação ou competência pela conexão a favor de um dos juizes; *e)* nenhum dos juizes em conflito é competente. Em todas as três espécies, tem o tribunal de dizer qual o juiz competente.

O tribunal, qualquer que seja o conflito de competência, tem o dever de dizer qual ojuiz competente *(e.* g.,julgou incompetentes os conflitantes) e, ainda mais, dizer quais os atos válidos praticados pelo juiz incompetente ou pelos juizes competentes. Diante do pronunciamento sobre qual o juiz competente, é óbvio que lhe caiba remeter os autos ao juiz declarado.

2. Validade dos atos É de grande relevância o pronunciamento do tribunal

desconflitante no que concerne à validade e à invalidade dos atos que se praticam no juízo declarado incompetente. Trata-se de missão que protege fundamentalmente o exercício da pretensão à tutela jurídica e da pretensão processual. No art. 113, *§* 20, estatui-se que, declarada a incompetência absoluta, só os atos decisórios são nulos. O tribunal tem de apreciar, em concreto, os demais casos de invalidade e de validade dos atos do juiz declarado incompetente.

3. Autos do processo em que se suscitou o conflito -. Se os autos do processo, em que se suscitou o conflito de competência, são do juízo julgado incompetente, são remetidos ao juízo competente, que neles pode aproveitar-se de todos os atos que não foram tidos pelo Tribunal como inválidos. Se o juízo de que provieram os autos foi declarado competente, os autos ficam nesse juízo, sem que se possa pensar em invalidade. Mas há a hipótese de ter havido atos válidos praticados no juízo declarado incompetente, deles tendo tido noticia o Tribunal, pelos documentos apresentados, ou pelo exame dos próprios autos se o juiz suscitado entendeu que seria necessário ou útil remetê-los, e aí é de grande importância a declaração do Tribunal quanto à validade atos, mesmo porque, por exemplo, podia ter sido feito no juízo incompetente e não no competente, como se era a vara mais próxima e o depoente está com pouco tempo de vida e não depôs no outro juízo, ou seja faleceu.

Declarado competente o juízo A e tendo sido produzidos atos processuais no juízo B ou nos juízos B e C, tidos por incompetentes, tem o Tribunal de determinar que os autos do juízo B ou B e C sejam remetidos ao juízo A.

Pode ser que os atos do juiz incompetente ou dos juizes incompetentes tenham sido mencionados ou documentados no processo do conflito de competência e já sobre a validade ou invalidade deles o Tribunal se possa manifestar.

Basta, então, que, diante do que o Tribunal decidiu, se determine a remessa dos autos. Como o tribunal é que tem de pronunciar-se sobre a validade dos atos do juiz incompetente, ou dos atos dos juizes incompetentes, as duas únicas soluções são as seguintes: se basta o que consta do conflito de competência, apontar o tribunal o que foi validamente praticado no juízo incompetente ou nos juizes incompetentes; ordenar a subida dos autos para completo exame dos atos que são necessários ou úteis à ação que corre no juízo competente, sem se afastar a hipótese de ter esse juízo, que recebeu os autos, de submeter ao tribunal o

pronunciamento sobre a validade dos atos do juiz incompetente ou dos juizes incompetentes. Se a incompetência de tal juízo ou de tais juizes era absoluta, não pode o tribunal considerá-los válidos, se atos decisórios, porque tem de respeitar o art. 113, *§* 20.

Se no juízo competente e no incompetente os atos foram os mesmos, não há pensar-se em se terem de imputar os atos do juízo incompetente.

Quanto à validade ou invalidade dos atos do juiz incompetente, o tribunal só está adstrito a dizer qual o que é valido ou quais os que são válidos. O resto é nulo. São de atender-se o art. 113, *§* 20, se a incompetência é absoluta, mas aí todos os atos decisórios são nulos, e o art. 120, em que se dá ao relator da ação de conflito de competência a designação de um dos juizes, para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes.

No art. 122, parágrafo único, está escrito que os autos do processo, em que se manifestou o conflito, serão remetidos ao juiz declarado competente.

Havemos de interpretar que se supõe ter sido julgado incompetente o juízo em que se suscitou o conflito, porque, se dizia competente e os autos com ele estavam, não são remetidos a outro juiz. O oficio ou a petição são instruídos com os instrumentos necessários à prova do conflito e os autos permanecem onde se acham. Talvez haja dois ou mais, razão para que se possa, diante de se terem resolvido, em caráter provisório, bem como da validade de atos de juiz incompetente, remeter ao juiz competente os autos do juiz ou dos juizes incompetentes.

Se houve atos iguais praticados no juízo competente e no juízo incompetente, pode acontecer que o tribunal haja considerado válido os do juiz incompetente, ou mesmo terem sido resolvidos como medidas urgentes (art. 120). Em se tratando de incompetência absoluta, rege o art. 113, *§* 20. Não, se a incompetência era relativa. Ao tribunal é que tocam o exame e a resolução dos problemas, com observância, no que for possível, dos arts. 243-250.

*Art. 123. No conflito entre turmas, seções, câmaras, Conselho Superior da Magistratura, juizes de segundo grau e desembargadores, observar-se-á o que dispuser a respeito o regimento interno do tribunal* ‘).

sobre a necessária audiência do Ministério Público, e a do art. 117, sobre ilegitimação ativa da parte que opôs exceção de incompetência.

Na Constituição de 1967, com aEmendan0 1,o art. 119, I,fl, diz ser competente o Supremo Tribunal Federal para processar e julgar os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União ou entre autoridades judiciárias de um Estado e as administrativas de outro, ou do Distrito Federal e dos Territórios, ou entre as destes e as da União.’33 Quanto a esse assunto, as normas têm de partir do Regimento do Supremo Tribunal Federal.’34 Foi esse o resultado de pesquisa de lógica matemática e de análise, durante mais de meio século, que nos permitiu escrever e publicar os sete volumes do *Tratado da Ações,* onde apontamos os pesos de eficácia de cada sentença.

2. Autoridade administrativa e competência A competência, de que se trata, quer a respeito de autoridade judiciária, quer a respeito de autoridade administrativa, é, aí, a de julgar. O conflito é de competência para julgamento, na dimensão judiciária, na dimensão do Poder Executivo e na dimensão do Poder Legislativo. Autoridade administrativa que ai está em senso largo é conceito que, no art. 124, se limita à função de julgamento.

*Art. 124. Os regimentos internos dos tribunais regularão o processo e julgamento do conflito de atribuições entre autoridade judiciária e autoridade administrativa* 2)

1. Regimentos internos dos tribunais Os arts. 123 e 124 cogitaram, respectivamente, dos conflitos de competência entre turmas, seções, câmaras, Conselho Superior da Magistratura, juizes de segundo grau e desembargadores, e dos conflitos de competência entre autoridade judiciária e autoridade administrativa. De certo modo, afastou do direito processual civil comum o que ao legislador pareceu mais próprio à função de edição de regimento. De qualquer modo, têm de ser observadas, com rigor, todas as regras jurídicas constitucionais que alcançam a competência judiciária e a competência administrativa, que ai também é para julgar.

Bem assim, regras jurídicas processuais como a do art. 116, sobre legitimação ativa para suscitar o conflito, a do art.

116, parágrafo único,

133 Na Const. 88, a competência *é* do Superior Tribunal de Justiça, conforme o art. 105, g.

134 veja-se o Regimento Interno do Superior Tribunal de Jus'iça, arts. 193 a 198.

DO JUIZ

Seção 1

Dos Poderes, dos Deveres e da Responsabilidade do Juiz')2)

1. Função do juiz e dever do Estado Nos processos, o que dirige a conduta das partes é o próprio interesse. Desde o início, o Estado quer que as partes pratiquem certos atos de clarificação dos seus intuitos para que os órgãos judiciários entrem em atividade. O estimulo é de fora, dos interessados, ou sejam particulares, ou seja o próprio Estado, ou sejam instituições estatais ou paraestatais. A reação do aparelho judicial é a de instauração, ou a de não-instauração da instância. A regra jurídica segundo a qual a petição inicial será indeferida, quando inepta, ou quando a parte for manifestamente ilegítima, ou o autor carecer de interesse processual (art. 295, 1-111) é o pórtico de toda função judicial. Do processo, que começa *antes* de se iniciar a demanda.

Quando falamos de *ação,* no sentido de direito material, aludimos a estado. Quando nos referirmos a demanda, a *ação,* em sentido impróprio, pensamos em atividade. A "ação" processual, entendemos é atividade.

O Estado fez ou tomou a si a realização do direito quando falhasse a incidência dele. Sentindo que essa, em certo caso, não ocorreu, ou não ocorre, a pessoa interessada dirige-se, não à parte adversa, *mas ao Estado.* Todo o direito processual regula esse movimento dos indivíduos e dos grupos para que o Estado, não o adversário, lhe dê certo ato seu. Às vezes esse ato, que a parte busca, é simples *declaração;* portanto, ato de pura realização do direito objetivo, de asseguração de *incidência,* sem que envolva aplicação a qualquer conflito *inter partes.* Por isso mesmo que é ao Estado que se dirige a demanda, chama-se *ação* a essa atividade que pode acabar pela afirmação do juiz de que a parte não tem ação (no sentido de direito material). Em todos os outros casos em que se "pede" ao juiz, há pedido de declaração, se bem que *não* só de declaração.

Um dos maiores proveitos do estudo das ações (em direito material) e das "ações" (em direito processual) é ode conhecermos a carga de eficácia de cada uma delas, ou de classes delas, pela análise dos seus elementos, dos seus

"pesos".

2. Justiça estatal Já vimos que o autor pode exercer pretensão a que se declare, ou a que se constitua, ou a que se condene, a que se mande, ou a que se execute. E ao Estado, hoje, que se dirige, e é o Estado, por seus órgãos, que presta. Ele assumiu esse dever.

A pessoa ou grupo de pessoas a que se dirige a atividade processual representa o Estado: são os *juizes,* singulares ou coletivos (tribunais). No sentido do Título IV, o juiz. Juizes e tribunais são sujeitos processuais; os auxiliares da justiça, não. Os juizes e tribunais estão insertos, *necessariamente,* na relação jurídica processual. Se alguém se mete na relação, àsemelhança deles, chama-se-lhes 'juizes", ainda que se lhes tenha de lembrar a fonte não-estatal; 'juizes arbitrais", ou "árbitros". Discutiremos a natureza desses, à nota 1), antes do art. 1.079.

Não só o juiz declara a incidência do direito; não só ele o aplica, pois que não foi aplicado, a despeito da incidência.

Mas só ele o declara e aplica *autoritativamente.* Daí a exigência da homologação (art. 1.096). A pessoa encarregada dessa declaração autoritativa é o juiz. O poder de fazê-lo é a *jurisdição.* Porque o Estado pode mandar que alguém a exerça, diz-se que tem competência jurisdicional, como tem a legislativa e a administrativa. São conceitos que atendem a realidades, a dados da vida.

*Art. I25.'~~ O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:*

135 O art. O da Lei n0 8.952, de 13.12.94, acrescentou um quarto inciso ao art. 125, com esta redação: "IV tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes". Cabem, aqui, duas palavras sobre o acréscimo. O mc. IV toma explícito o que, virtualmente, já está no mc. II e, no tocante à execução, no mc. 1 do art. 599 e se insere nos poderes do juiz, a que, conforme escrevi, na p.

21 do livro citado na nota 6, "a lei, como revela a atenta análise do seu sistema,

não entrega apenas a função de decidir, como ainda a de conciliar". O novo inciso do art. 125 enfatiza o papel de conciliador do magistrado, em todas as instâncias; não apenas na primeira. Pode o juz valer-se de conciliadores (figura já existente no direito positivo cf. os arts. 60 e 23 da Lei n" 7.244, de 07.11.84, dos juizados de pequenas causas), recrutados entre pessoas idôneas e qualificadas. Alcançada a conciliação, o juiz homologa o respectivo termo, proferindo sentença de mérito, definitiva, se ela leva as partes à transação, ao reconhecimento de procedência, à renúncia do direito pelo autor (art. 269, II, III, V), ou de extinção do processo, sem julgamento do pedido, se o autor simplesmente desistir com a concordância do réu ou sem ela (art. 267, VIII e § 40) ou se as partes preferirem celebrar compromisso arbitral (art. 267, VII e 1.072).

*1 assegurar às partes igualdade de tratamento;*

*II velar pela rápida solução do litígio;*

*III prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade de justiça.*

1. Direção formal do processo Na direção formal do processo, o juiz tem por fito a ordenação e normalidade do processo, em sua marcha externa. Esse poder do juiz se exerce quando fixa prazos, os encurta, ou os delita, decreta abertura e encerramento das audiências, concede a palavra às partes e lhes vigia o tempo e as boas maneiras da exposição, ou ouve a peritos e testemunhas. Outrossim, quando exclui a intervenção de pessoas que não sejam os advogados, ou repele os informadores profissionais e "amigos das partes". O policiamento da sala das audiências pelo juiz não pertence à direção formal do processo, nem, tampouco, à direção material deles; mas assemelha-se àquela, e dela só se distingue pelo caráter geral. A direção formal do processo, como a direção material, concerne a todos os processos e a *cada* processo.

2. Direção material do processo A solução ao "andamento rápido"

de maneira nenhuma exclui a direção formal com outros fitos, nem, tampouco, a *direção material do processo,* que é a atuação do juiz no intuito de conseguir que o material do processo se articule de modo que melhor se colha a verdade, se esclareçam as argumentações das partes, se tenha visão do conjunto. Assim, os poderes do art. 125 e outros são poderes de direção material. Cumular, reunir,

separar, admitir, suspender, arquivar, são verbos que a supõem.

O art. 125 tem de ser interpretado como se dissesse: “O juiz dirigirá, formal e materialmente, o processo. Uma das suas finalidades há de ser a de celeridade dos feitos, sem prejuízo da defesa dos interessados”, o respeito do principio de igual tratamento das partes e a prevenção e repressão a qualquer ato contrário à dignidade da justiça. A política da rapidez obcecou o legislador, diante das reclamações públicas, e não raro o subconsciente esponta nos textos das próprias regras legais. A presteza dos processos não é de somenos importância (longe disso); porém seria crê-la o requisito principal da Justiça.

3. Retardamento do processo pelas partes Se as partes procuram retardar o andamento, muitas oportunidades oferece o Código ao juiz para as desviar ou cortar-lhes esse intento. Todavia, a regra central é a do art. 130, que lhe confere o poder de ordenar, de oficio, ou a requerimento, as

diligências que entender necessárias à instrução do processo e de indeferir o que lhe parecer inútil ou “manifestamente protelatório”. Por outro lado, outorgando-lhe tanta força, fiscaliza-o; marca prazos, assaz restritos (arts. 189 e 198), e submete-o à responsabilidade civil se ele mesmo recusa, aceita ou retarda providência que deve ordenar de oficio, ou requerimento da parte (art. 133,11). Paracontrabalançara sofreguidão desse propósito, alei atribui ao juiz função saneadora, para que se sanem as nulidades, se supram faltas e se corrija o que seja irregular.

*4.* Defesa dos interessados Tratamento dos interessados está no art. 125, como mais amplo sentido. Portanto, não só no de “defesa” do réu, tal como aparece, noutros lugares, a expressão. A direção supõe certo arbítrio; porém esse arbítrio é limitado por todo o corpo de regras jurídicas que sejam *completas* e, dentro de si mesmo, pela natureza do arbítrio judicial, que só excepcionalissimamente é puro arbítrio. Praticamente, convém partir-se de que nunca o é. A 3~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, a 15 de maio de 1940 *(R.F.,* 82, 708), chamou-lhe

“arbítrio temperado”. As partes têm de ser tratadas com igualdade. Já não se alude a tratamento igual pela lei (princípio de isonomia), mas pelo juiz; e têm-se de considerar os dois princípios como inclusos no principio geral de igualdade de tratamento pelos três Poderes, Legislativo (principio de isonomia). Judiciário

(art. 125, 1) e pelo Executivo, pois os membros do Ministério Público e quaisquer órgãos do Poder Executivo não podem fugir à igualização dos homens. Os homens não são iguais, mas precisam ser tratados igualmente.

5. Dignidade da justiça Todos os atos dos juizes, como de qualquer funcionários públicos, têm de ser com observância da dignidade. O funcionário público, inclusive o juiz, que pratica atos em que há indignidade, precisam ser punidos, quer disciplinarmente, quer penalmente.

O art. 125, III, é relativo ao dever do juiz de prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça. O

dever do juiz, quanto a sí mesmo, está implícito. Quanto ao inciso III, os atos podem ser das partes, dos advogados, dos assistentes, de testemunhas, de auxiliares, de peritos, de policiais e de qualquer pessoa.

*Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.*

1.Dever de decisão Os juizes são do Estado, funcionários como todos os que exercerem função estatal permanente.

Não existe, hoje, jurisdição privada, como a da Igreja, a dos “senhores”, a dos Estados estrangeiros a respeito dos seus nacionais, o que feriria a independência do pais. Como pessoas a serviço do Estado, e incumbidas de julgar, precisam de *independência* e de *permanência*. Essas seguranças escapam ao âmbito do direito processual, porque as Constituições chamaram a si estatui-las e dar-lhes as convenientes garantias.

Enquanto os outros sujeitos da relação jurídica processual têm interesse dependente dos resultados do processo, o juiz não tem interesse próprio, qualquer que seja. O seu interesse é transindividual, identifica-se com a missão social que lhe confiou o Estado: realizar o direito objetivo e pacificar, dirimindo contendas.

Porque o juiz não tem interesse próprio no processo, de modo que lhe coubesse

atuar ou abster-se, a lei fixou-lhe, com toda a precisão, as pautas e os conteúdos da sua atividade, de feição tal que, ocorrendo certas situações, lhe toque praticar determinado ato, ato não seu mas estatal, com o conteúdo que convenha ao caso. Toda sua atividade é ordenada no sentido de que, através dele, seja o Estado que exerce o ato. Daí o seu dever formal de obrar. Esse dever formal de obrar é tão forte que, de todos os funcionários do Estado, o juiz, aparentemente o mais tranqúilo e inerte, é aquele de quem se pode dizer estar condenado à atividade. A lei pune-o por parar, por suspender ou retardar atos e diligências, marca-lhe horas certas, prazos estritos, poda-lhes convicções individuais, força-o a mover-se, na sua atuação profissional, por entre linhas que textos miúdos lhe traçam.

Ora, esse dever formal de obrar é indispensável para que ojuiz execute, simultaneamente, os dois papéis: o de *realizar o direito* e o de *resolver as questões entre as partes.* Para realizar o direito, tem de conhecê-lo e de estar a par do método de fontes e interpretação das leis, com que dê aos textos legais a abrangência que devem ter. Se ele dissesse que não pode proferir o despacho, ou a sentença porque não conhece o direito, ou porque não está suficientemente informado das fontes e da interpretação das leis, falharia àqueles dois papéis, de um só golpe: deixaria o conflito sem solução e sem *aplicação* o texto que talvez tenha incidido na relação jurídica. Porque os textos incidem independentemente de qualquer aplicação ou excecuçãO. Se A é dono de um terreno e B lho toma, ainda que A não peça a reintegração da posse, todas as regras jurídicas do Código Civil relativas a propriedade e a posse, ou haviam incidido antes, ou incidem agora, qualquer que seja a própria opinião de A ou de B. Quando a incidência se opera, e ela sempre

se opera de modo automático, e A e B não se acordam quanto ao ter-se dado, ou não se ter dado a incidência, é que um deles pode ir a juízo e pedir que se aplique o texto que lhe interessa. Pede-se ao Estado, quer parte A, quer parte B

o pedido.

O pedido é feito ao Estado. Esse, pelo seu juiz, responde qual o texto que incidiu, ou qual o texto que não incidiu, ou se não há texto para o caso, ou se há. A plenitude lógica do direito, de que se falará à nota 2), foi ilusão muito tempo acariciada pelos legistas, temerosos da existência de um *vazio* de lei. Mas a não-existência da plenitude lógica, isto é, o reconhecimento de que há lacunas no ordenamento jurídico, não exime o juiz de proferir despachos ou sentenças.

Pode dizer que a lei invocada pela parte não provê ao seu caso, ou que provê de modo contrário, ou, ainda, que o Estado não se interessou por edictar regra jurídica para a espécie de debate. O que importa é que o juiz, pretextando lacuna ou obscuridade da lei (note-se: de lei, e não do ordenamento jurídico), não se furte àquele dever formal de obrar, que está à base da sua função especifica. Na prática ordinária, assistimos muitas vezes a advogados, ou a órgão do Ministério Público, ou a curadores, dizerem que se faça justiça ("F. J."). Essa atitude a lei veda ao juiz, de modo absoluto. Juiz é o funcionário que, ao lhe serem conclusos os feitos processuais, não tem o direito de duvidar ou de, ainda diante da mais monstruosa incorreção do texto legal, escusar-se de despachar ou de sentenciar no processo.

Com essa submissão ao dever formal de obrar, o juiz satisfaz aos dois papéis que se lhe confiaram: bem ou mal, tenta realizar, com acerto, o direito objetivo; bem ou mal, dirime as questões.

O art. 126 apenas evita o uso do pretexto. Não se diga, que, estatuindo como estatuiu, afirmou que o direito não tem lacunas. Tal interpretação aberraria das convicções mesmas do nosso tempo. (A respeito, *Sistema de Ciência Positiva do Direito,* 1, í~ ed., 136, 461, 486 e 494; II, 350, 353 e 504; 2~ ed., 1, 156; II, 199 s.; IV, 45 s., 219 s.).

*Iudex iudica secundum ias.* A sua função precípua, hoje em dia, é realizar o direito objetivo. Por isso mesmo deve realizar o que não é *ius,* mas deve revelá-lo e realizá-lo onde os textos, sós, não bastem para se lhe colherem todas as regras, isto é, todas as regras que *entram* no sistema jurídico, que é sistema lógico com a sua finalidade específica.

"Lei", no art. 126, está no sentido de regra jurídica. Se a regra jurídica é constitucional, ou de complemento à Constituição, ou de lei (no sentido escrito), ou de decreto-lei, ou de lei delegada, de decreto, de regulamento, ou de regimento, ou de resolução ou aviso, não importa. Tudo que pode entrar no sistema jurídico é lei, no sentido amplo, que é o do art. 126.

2. Lacunas e obscuridades A respeito de lacunas e obscuridades da lei, ter-se-ia de trazer à balha toda a teoria das fontes e métodos de interpretação. Não seria aqui o lugar próprio. Contudo, a referência feita pelo art. 126 obriga-nos a rápidas considerações, que possam servir ao comentário de outras regras do

Código de Processo Civil.

*(a)* Toda atividade dos juizes é ato de resolução, ou pressupõe resolução: o juiz é, por definição, o ser humano que julga e no qual se diferenciou a atividade consciente quando foi preciso organizar-se a resolução das discordâncias entre os homens e assegurar-se, pela aplicação, o respeito às leis que incidiram ou incidem.

*(b)* Toda atividade do juiz, por essa razão, é ato de aplicação da lei, declaração do direito incidido no caso cógnito, isto é, levado ao conhecimento (cognição) do juiz. Essa aplicação é o resultado de atividade psíquica do juiz com os elementos da causa, tendente, desde todo principio, a *julgamento* final. A importância da lógica, da reflexão, é enorme, quase exauriente; de modo que não é puro jogo de palavras comparar-se o julgamento judicial com o julgamento lógico, como pareceu a e Von Hippel *(Untersuchungen zum Problem desfehlerhaften staatsakts,* 39 s.); se bem que o Estado intervenha com proposições feitas, que ele impõe ao juiz no meio do seu raciocínio, fundadas quase sempre em suposição de que certo fato frequente deve ser tratado como regra. Só os juristas absolutistas, que tudo interpretam de acordo com os seus propósitos de mando e de opressão, vêem, na sentença, a força; e só os juizes de igual formação transformam a sua missão em missão de imposição da vontade do Estado segundo eles a interpretam.

Na lei, o fito que prepondera é a *segurança intrínseca,* isto é, o resolver bem (no interesse do dirigente, ou dos dirigentes, ou do maior número ou de todos). Na sentença, a *segurança extrínseca* passa à frente. O processo tem a finalidade política de realizar o direito objetivo, *tal como incidiu.* E possível, porém, que não o logre, nos casos concretos. Nem por isso deixa de precluir a tempo para se recorrer das sentenças ou para se ímpugnar a sentença irrecorrivel.

A aplicação da lei tem o fim político, técnico, de realizar o direito e o objetivo jurídico, prático, de pôr termo às contendas (segurança extrínseca). Se atinge aquele, ou não, no caso concreto, é problema de critica científica, político-jurídica, do julgado, enquanto há recurso, ou ação contra a coisa julgada. Se atinge, ou não, a esse, é problema jurídico prático (interesse das partes!), enquanto há recurso, ou ação contra a coisa julgada. Depois de passar o tempo para o recurso, ou para a ação contra a coisa julgada, o problema é somente científico para quem quer que seja. À parte, que não pode mais recorrer nem

propor rescisão da sentença, apenas fica interesse científico, ou nenhum. Quando muito, consequências psíquicas da injustiça judiciária sofrida. A história conhece muitos casos, bastando-nos lembrar o de Hesiodo. Ato estatal, como a lei o é, a sentença cria nova situação entre as partes e, por vezes, *ultra partes,* sem que se apague a distinção entre lei e sentença. A lei incidiu e fez as relações jurídicas de direito material nascerem. A aplicação pelo juiz, que tem poder de *subsumpção* próprio, de modo nenhum vai ao passado (ao momento em que a lei incidiu) dizer que incidiu como ojuiz entenda. Isso seria fazer a aplicação *oprius* e a incidência *oposterius.* Certamente, o juiz aplica a lei como órgão estatal. Certamente, a coisa julgada pode fazer inexpugnável essa aplicação da lei. A aplicação da lei é a que se realiza espontânea ou forçadamente. Porém ainda que não mais caiba recurso, nem ação contra coisa julgada, a lei incidiu conforme a sua interpretação vigente ao tempo da incidência, que pode ter sido e pode não ter sido a que o juiz deu. As vezes ocorre que foi esse juiz mesmo que encontrou a nova interpretação tornada vigente. Aqui ressaltam as duas funções do juiz: a de interpretar e a de aplicar a lei. Essa depende, para se impor, da preclusão, que é conceito "interno" do processo. Aquela depende de prevalência nos fatos, extraprocessualmente, salvo se o sistema jurídico contém a regra absurda de admitir a interpretação *ah eterno* de textos por determinada pessoa ou colégio.

Quando alguns escritores e leis dizem que a sentença tem força de lei nao podem enunciar que ela se ponha no lugar da lei, como se a derrogasse no caso concreto. Essa é a concepção de algumas pessoas, em cuja mentalidade ainda jaz a indistinção absolutista da regra jurídica e do julgado como ato do rei. A força da sentença é estatal, não há dúvida; mas estatal processual, e não material. Quando se fala de força material da coisa julgada alude-se a fato da vida pós-processual, de fronteiras entre direito processual e díreíto material, porém nunca invadente desse. A vedação de ofender o julgado ainda é de ordem formal, de processualística, e dirigida aos juizes. Se a lei constitucional proibe normas que ofendam a coisa julgada (formal, e em consequência material), essa proibição é de direito constitucional, sem que para ela concorra o direito processual; exceto quanto ao conceito de colsa julgada", na *falta* de conceito pelo próprio direito constitucional.

A sentença, aplicando a lei, tem força criativa própria, o que permite *(a)* o ter havido incidência sem haver aplicação, *(b)* não ter havido incidência e haver aplicação e *(c)* o coincidirem aplicação e incidência. Esse último é ofim do

processo; não é a essência da decisão no processo. Há sentenças que erram *in interpretando* e *in applicando.* Se a coincidência entre aplicação e incidência fosse necessária, toda sentença seria justa. Só haveria sentenças justas. Toda aplicação seria perfeita: poder-se-ia mesmo definir como segundo momento de incidência. O cair da regra legal sobre os fatos conteria,já, todos os elementos para a aplicação impecável. A função falível de aplicar não permite que essa aplicação mecânica, de prescrição invariável, se dê sempre. Só é infalível a incidência da lei.

*(c)* Alguns atos do juiz são *declarações de vontade* e outros *comunicações de vontade.* São exemplos dos primeiros: a



sentença constitutiva, os atos que ordenam suspensão do processo *(e.g.*. arts. 72 e 394); dos segundos: a sentença de condenação ("pague isso ou aquilo"), a marcação do dia da audiência, as comunicações. Konrad Hellwig, *(System,* 1, *§* 159, 1 e II) tinha todos os atos do juiz como declaração de vontade; mas James Goldschmidt *(Der Prozess ais Rechtslage,* 496) distinguiu. De qualquer modo, todo ato do juiz é resultado de atividade de pensamento, isto é, julgamento final ou exteriorização de vontade. Daí a decisão poder ser justa ou injusta, e parece que foi Karl Kormann *(System,* 210) quem pretendeu atribuir às sentenças valor diferente daquele de serem juridicamente justas (tal como o comum dos homens é levado a pensar, e está certo no plano moral e social). Karl Kormann também não tem razão quando separa justidade da sentença e característica lógica; mas é verdade que a sentença pode ser justa com falhas lógicas, por ter correspondido ao raciocínio lógico que deveria ter sido feito.

A mais eficiente classificação dos atos do juiz é a que os considera atos e lhes analisa a eficácia, mostrando-lhes a eficácia preponderante e os outros pesos de eficácia.

*(d)* Toda injustiça de resolução é injusta aplicação da lei (Friedrich Stein, *Das private Wissen,* 109), ou porque não incidiu, ou porque não se respeitou toda a abrangência da que incidiu, ou se dilatou tal abrangência. Os erros do juiz ou são de observação ou de subsumpção. Aqueles se ligam ao perceber, ao intuir e ao

sentir (sentimento); esses, ao desconhecimento do direito que deveria ser aplicado, à interpretação incorreta, à aplicação de regra de direito ou de máxima de experiência que não incidiu.

3.Decisão e resolução Toda *resolução judicial* ou é *decisão* ou pressupõe *decisão.* Ainda mais: ou é *sentença,* ou supõe ou pressupõe *sentença.* Sempre aplica direito, portanto declara; sempre comanda, portanto manda; sempre destrói ou institui, portanto, constitui; sempre atua, ou suscita atuação, portanto executa; sempre diz ou não, ou sim, de modo que alguém é favorecido e alguém sofre dano, portanto condena. Os juristas mais altos, no classificarem as ações, quiseram formas puras, ou se deixaram levar pelo maior ou menor trato com alguma das espécies em que o elemento condenatório, ou o declarativo, ou o constitutivo, ou o mandamental, ou o executivo preponderava. Surgiram então as classificações bipartidas e tripartidas. Não é de admirar que processualistas como J.

W. Planck *( Lehrbuch,* II, 20) e Konrad Hellwig *(Lehrbuch,* 1,46) chamassem executivas às ações de condenação, o que importava designar a coisa pelo *efeito,* e não pela força, pela energia, contida na coisa; e James Goldschmidt *(Ungerechtfertigter Vollst reckungsbetri eh,* 46 s.) considerasse a sentença de condenação espécie da sentença mandamental. Ora, na sentença de condenação a *comunicação de vontade* não é tão forte, tão preponderante, quanto na sentença mandamental. Nem a *declaração de vontade,* tão relevante nas sentenças constitutivas, se encontra com tanta incontrastabilidade, nas outras sentenças. Provou-se mesmo que a afirmação de Konrad Hellwig, sobre serem *declarações de vontade* todas as sentenças, era falsa. As cinco espécies são autônomas. Porque a sentença executiva é irredutível às outras. Basta que se pense na sentença de condenação cuja força é condenar e um de cujos efeitos é o executivo, a que se segue outra ação executiva, com o mandado-sentença; e na sentença declarativa, a que se segue a ação de condenação, seguida, a seu turno, da ação executiva: três sentenças a propósito do mesmo *caso,* a declarativa, a condenatória e o mandado-sentença.

4. Regras legais escritas e costumes As leis, senso estrito, e os costumes, seguidos da revelação do direito pelos juristas, são as fontes principais do direito. Há de certo maior número de leis superiores, porém não há negar existam costumes, não só excedentes do domínio territorial como corretivos de legislações (sobre o direito costumeiro, nosso *Sistema de Ciência Positiva do*

*Direito,* tomo IV, 2~ ed., 207-2 19).

5.Analogia A analogia, conforme dissemos em 1922 *(Sistema,* Tomo II, 503 s.; Tomo jv, *2a* ed., 219 s.), é um dos mais fecundos processos de interpretação, a analogia da lei ou do direito.

*6.* Princípios gerais de direito Princípios gerais de direito são princípios que têm de ser obedecidos, *de legeferenda* e *de lege lata,* pelos intérpretes das leis, inclusive aqueles que os cientistas do direito revelam (cf. *Sistema,* II, r ed., 218-238).

*Art. 127. O juiz só decidirá por equidade* 2) *nos casos previstos em lei* ‘).

1. Decisão e equidade A referência a equidade apareceu, no direito brasileiro, com a Constituição de 1934. O Código Civil de 1916, no art. 70 da Introdução, dela não cogitara, se bem que, no direito anterior, certos critérios interpretativos chegassem aos mesmos resultados. O Código de Processo Civil de 1939, art. 114, inseriu a referência:

“Quando autorizado a decidir por equidade, o juiz aplicará a norma que estabeleceria se fosse legislador”. A rigor, equidade é apenas palavra-válvula~ com que se dá entrada a todos os elementos intelectuais ou sentimentais que não caibam nos conceitos primaciais do método de interpretação. Para que se atenue a rapidez exegética, a prática e os legisladores têm recorrido a essa noção ambígua, se não equivoca, com que se manda tratar com igualdade sem se definir de que igualdade se trata, nem se dizerem os seus começos e os seus limites. No fundo, a vantagem, se vantagem realmente há, de tal expressão, em povos estranhos à tradição do nosso direito, tem sido semelhante à de todas as outras expressões vagas. A vaguidade serve quando se quer o arbítrio, ou quando se pretende deixar a alguém determinar a norma, sem se confessar que se deu a alguém tal poder.

Sobre equidade, “vocábulo sonoro”, *3.* H. Correia Teles *(Comentario à Lei da Boa Razão,* pr. n. 5), no suplemento ao citado comentário (Discurso sobre a equidade), escreveu: “creio ter aprovado quanta dificuldade há em julgar acertado conforme a equidade. O quanto seja mais fácil julgar bem conforme a lei é óbvio. Seja portanto corolário do que fica dito *que nos não devemos negar ao estudo, persuadidos (de) que sem eles havemos (de) julgar retamente, só*

*pelos ditames da equidade* “.

Quando se lançam em leis regras jurídicas, atendeu-se ao que se supõe que aconteça. Tal suposição cria a generalidade de tratamento. Não se desce ao que é específico, se a especificidade não conduz à necessidade de trato especial. Mas, como o legislador pode pensar em existirem circunstâncias que revelem o desacerto da regra jurídica, ou mesmo a sua omissão, compreende-se que ponha em regras jurídicas a referência ao julgamento por equidade (cf.

arts. 127, 1.109, 1.075,1V, 1.095,11, e 1.100, VI). Não se pense que se tem de decidir com caridade, misericórdia, benevolência ou comiseração: a despeito da porta que se abre ao juiz, não se lhe confere o poder de decidir sem levar em conta a realidade, as circunstâncias. Tem de ater-se à razão, porque foi isso que se permitiu ou impôs (decidir razoaVel mente é decidir com o uso da razão, com *Billigkeit).* O que o juiz vai julgar não lhe permite errar, ser *desatento,* ser *injusto.* Não há arbítrio: aplica-se regrajurídica que não estava escrita e se revela à consciência do juiz, à razão. O juiz tem de decidir e, diante das circunstâncias, verificar que não há regra jurídica escrita que lhe diga “decida favoravelmente” ou “decida desfavoravelmente”. O seu dever de julgar não lhe pode permitir que se abstenha de manifestar-se. O Estado prometeu a tutela jurídica: não pode dizer que não a presta porque falta regra jurídica a respeito. O autor da ação tem razão, ou não a tem.

2. Os conceitos de equidade e “como se” fosse legislador Separemos os dois conceitos, o de equidade e o novíssimo, de legislador “como se”, que agora o Código de Processo Civil de 1973 elide. Aquele, que vem do *ius aequum* romano, supõe *(a)* a igualdade de tratamento para todos e ao mesmo tempo, *(h)* o atender-se às circunstâncias.

Enganosa precisão, essa, pois G. F. Puchta *(Pandekten, § §* 21, 36) e H. Thol *(Einleitung, §* 40), depois Joseph Unger *(System,* 1, 71), somente lhe viam o elemento *(b)* e outros o primeiro (B. W. Leist, *CivilistischeStudien,* IV, 190 s.), com todas as variantes de opiniões entre uns e outros, sem se poder ver claro no que entendiam os Romanos por *ius aequum.* Parece-nos que o conceito de igualdade, assim entre Romanos como entre Gregos, se ligava à idéia mesma *(e. g.*, “balança”, número quadrado, produto de fatores iguais, segundo Pitágoras); porém nunca a igualdade, o elemento *(a),* entrou na *aequitas* romana como soava na mentalidade grega (Heródoto considerava “isonomia” a mais bela das

palavras). Sobre isso, R. Hirzel *(Themis, Dike und Verwandte,* 282). O conceito da eqdidade é, de sua natureza e origem, indeterminado. Enche-o a consciência, mais frequentemente o sentimento de cada um. Porém, quando se lhe quer qualificar o sentimento que lhe dá o conteúdo, levanta-se a questão de ser individual ou coletivo.

Os Romanos distiguiam *ius* e *aequitas,* sem se saber bem se essa havia de informar àquele ou aquele a essa. Por aí aparecem todas as muitas teorias do direito justo. Nos próprios textos romanos, às vezes a *aequitas* prima. A *exceptio.*

A dois milênios de distância alguns juristas pensam que a liberdade do juiz é liberdade do povo. Elogiam o povo romano, quer dizer os seus governantes e juizes. No entanto, o problema é muito mais complexo. O juiz pode servir a sentimentos de desigualdade (a pretexto de adaptar a solução às circunstâncias) ou causar o desprestígio da lei.

A Idade Média, ainda nos seus melhores espíritos, não precisou o que era a eqUidade. Continuou o termo equivoco.

Tomás de Aquino, que reputou inevitáveis as lacunas da lei ("cum lex proponit in universali, et in aliquo casu non sit illud observari, ratio recte se habet quod aliquis dirigat illud quod dificit legi", *Ethicorum,* V, 16), juntou à regra de ferro da lei, "lapides duri", a regra de chumbo, "plumbea regula", que seria a da equidade; mas, dando-lhe valor acima da lei escrita, identificou-se com o direito natural. O conceito que dele nos ficou também é vago *(Summa Theologica,* lia, IIae, q. 120, art. 1); "Bonum est, praeterrnissis verbis legis, sequid id quod poscit iustitiae ratio et communitas utilitas". E lá está, em *Ethicorum,* V, 16, referência a outro legislador "como se": "Ipse legislator si praesens esset ubi talis casus acciderit, sic determinaret et esset dirigendum: si a princípio praescivisset, prossuisset hoc in lege". Apenas o legislador nem sempre se teria dirigido segundo o direito natural. Era conceder-lhe muito emprestar-lhe outros princípios que o das terríveis leis que ele fazia, ou entender o direito natural como direito natural a conteúdo mutável. Então nada feito.

Perfolheando-se Merlin e Daíloz ou A. Mailher de Chassat *(Traité,* 65-7 1), Ch. Brocher *(Études,* 222-243), J. A.

Albrecht, C. G. Wachter, e até F. Suarez sobre a “epiikia” dos escolásticos, nada se pode colher que satisfaça. M.

Volgt escreveu quatro volumes sobre o assunto (Die Lebre von lus naturale, aequum et bonum und lus gentium der *Romer).* No entanto, a idéia vaga exerceu influência como instrumento de inovação na história do direito romano (E.

1. Bekker, *(}her die rõmische und die moderne Aequitas,* 337-347). Mais nome de impulso, de sentimento, do que conceito intelectual, transmissível como regra de julgar, ou regra de interpretar. No fundo, a simples indicação de certa liberdade do juiz para consultar o seu íntimo, alusão, portanto, a elementos intuitivos e emocionais, de sentimento e de tendências. Esse elemento existe em todo homem; porém ~,para que aludir a ele em textos de lei?

~,Para recomendar ao juiz ser bom? Organizarem-se jurisdições de equidade, como em certo momento, sob a pressão de condições econômicas e políticas, fez a Inglaterra, compreender-se, e bem. Não a referência à equidade em textos de lei. Sempre nos pareceu como o anúncio de restaurante ou bar em que se dissesse “Aqui também se bebe água”.

Na Inglaterra, a distinção entre a lei comum e a equidade é como ruína dos séculos XIV a XVII, que ainda se vêem em gravuras. Foi mais movimento político contra o estritismo da interpretação dos juizes autômatos do que método de fontes e interpretação das leis e até mesmo contra o aferro deles à tradição, que comprometia os *writs* novos. Um pouco ligado também ao direito do rei de fazer justiça: o rei tinha “reservas” de direito para os casos de lacuna. A *equily* nasceu, portanto, regaliana! Latina, latiníssima, romaníssima, o “Latin Side of Chancery”, em oposição ao outro lado, o “Common Law Side”. Parece até que aquele lado era mais velho. Por trás do rei, o conselheiro, o chanceler, essa entidade reacionária, internacional, que vem do confessor do rei a Bismarck e aos nossos dias, por se não terem democratizado os gabinetes políticos. O chanceler, o confessor, era o guardador da consciência do rei, “the keeper of the king’s conscience”. Depois, já no fim do século XIV, bastava ir-se diretamente ao chanceler. *Coun of Conscience.* Daí ao processo inquisitorial (que teria impedido a Inglaterra dos séculos futuros) foi um passo. Veio. O

chanceler só tinha um obstáculo: a própria consciência. A luta contra a *common Iaw* tinha de vir. Veio também.

Jaques 1 aproveitou-a e pôs-se acima das leis. No século XVI já a Inglaterra toma o caminho dos seus destinos nacionais independentes, de reflexão e respeito aos homens livres. O confessor, o eclesiástico, foi posto de lado.

Chanceler é um Tomas Morus, um Bacon, os homens que têm "utopia". A corte de consciência passou a ser organização, administração, composta de juristas honestos, atentos ao precedente (à segurança extrínseca; portanto, à linha de ordem legal), enformando a equidade em regras, para serem estudadas, criticadas, apreciadas. Dois sistemas jurídicos no mesmo pais se enfrentavam. Depois, fundiram-se. O povo, esse, sempre quis lei, lei feita por gente eleita, lei do Parlamento. Nos Estados Unidos da América, colonizados nos séculos da Reforma, desde o começo a equidade foi mal recebida, por seu sabor de confessionário. Queria o povo lei nacionalista, sem influências internacionais, sem inspirações secretas de consciência, lei votada. Roscoe Pound *(The Spirit ofthe Common Law,* 54) explica-o bem:

"Desde o inicio, a tradição protestante tem sido nacionalista. Os teólogos juristas protestantes dos séculos XVI e XVII opuseram concepção nacionalista à autoridade universal da lei canônica e às doutrinas universais dos juristas jesuítas da Contra-Reforma. À autoridade universal eles procuraram substituir a lei civil de cada povo. Os Dez Mandamentos e as Escritas, interpretados pelo individuo cristão, forneciam-lhe princípios gerais suficientes".

Em 1939, tivemos o conceito do legislador "como se". O art. l~, alínea *2a,* do Código Civil suíço tem outra procedência, que se choca, abertamente, com a idéia de *aequitas* romana e de *equily* inglesa dos séculos XIV e XV (só a essas poderia referir-se o Código de Processo Civil, pois a de lorde Nottingham a *equity* dos séculos XVII em diante, é a organizada, e não a equidade equivoca do art. 114). E o termo formal de longa discussão técnica dos sistemas de fontes do direito e dos métodos de interpretação no século XIX (a respeito, nosso *Sistema de Ciência Positiva do Direito,* II, 354-356 e 497). No projeto de 1900 em que já se achava, transformou-se no de 1904, e fez-se lei em 1907. Texto de valor histórico único. Os escritores latinos lêem~no como o poder discricionário concedido ao juiz (François Gény, *Méthode d'Interprétation etSources en Droitprivépositíf* II, 314); e não o há tal. O juiz não recebe dele liberdade de julgar conforme o seu sentimento

ou seu modo de ver subjetivo: o momento subjetivo é retraído àquele em que o

legislador edictou a lei lacunosa. Já aí está diretiva ao juiz (Max Gmur, Kommentar, 1, 48). O momento objetivo é o da aplicação *in concreto* da norma procurada. A evolução completa-se quando se abstrai de toda "vontade" do legislador e de todo "espírito da lei", Pontes de Miranda, Subjektivismus und Voluntarismus im Recht, *Archiv filr Rechts- und WirtschaftsphiloSophie,* 16, 522-543).

Como se vê, o legislador brasileiro de 1939, indeciso entre dois caminhos, o intuitivo-sentencia1 e o indutivo-científico, pôs uma perna naquele e outra nesse. E difícil andar. Acrescente-se que se dirige ao juiz em matéria de sobredireito (regra sobre regra, *Uberrecht),* o que escapa àlei processual.

A jurisprudência veio demonstrar que os juizes se se tem mais embaraçados do que auxiliados com noção de equidade. Preferiam, e com razão, outros meios cientificamente mais recomendáveis de interpretação. A *5a* Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 17 de junho de 1948, repeliu-a, levando texto legal (D., 10, 421).

A 3~ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 23 de abril de 1941 (D., 10, 435), deixou-a para quando não se possa usar o texto imenso.

O Código de 1939, no art. 114, não dizia quando o juiz é autorizado a decidir por equidade. Portanto, para que o art.

114, que à equidade aludia, incidisse, era preciso que alguma lei dissesse: "resolvendo por equidade o juiz", ou "de acordo com os princípios de equidade", "decidirá equidosamente". Sem isso, não cabia invocar-se o art. 114 (cf. *2a* Turma do Supremo Tribunal Federal, 27 de abril de 1951, *R.R.*, 139, 131).

Temos agora o texto de 1973, em que se alude à lei, qualquer que seja, que preveja os casos ("nos casos previstos em lei", art. 127). O Código de 1939 falava de ser o juiz "autorizado a decidir por equidade", o que se há de considerar como idêntico ao que hoje se diz, pois a lei *prevê* os casos *autorizados* a decidir por equidade. Cumpre advertir-se que as leís, a que a regra jurídica se refere, podem estabelecer limites, não só no tocante a espécies e casos como também ao próprio conceito de equidade, o que não é conveniente que faça, salvo se há alguma ou algumas possíveis decisões equidesas que, na espécie, ou no caso, sejam prejudiciais a alguma das partes.

Pergunta-se:úo critério adotado por um juiz, ou por alguns juizes diante das mesmas circunstâncias pode tornar regra jurídica alguma decisão reiterada? Se a decisão por equidade apontou as circunstâncias caracterizou o seu próprio conteúdo, pode outra ou outras decisões nela se inspirarem, talvez mesmo com explícitas referências, e isso concorrer para que se vá acentuando o acolhimento da persistência. A razão de algum modo se fixou. Admita-se, porém, que a decisão se firmou em regra jurídica não-escrita, cujo suporte fáctico está nas circunstâncias que levaram à decisão por equidade. Não se decide por equidade se as circunstâncias excepcionais não bastam para se dixar, diante do suporte fáctico relevado, a regra jurídica escrita, ou mesmo, se é o caso, o costume.

*Art. 128. O juiz decidirá a lide* 5) *nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer')de questões 4) 6) não suscitadas* 3), *a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte* 2) 1. Cognição e decisão O pronunciamento do juiz, quer dizer a resolução, nos autos ou na audiência, na sentença ou no despacho que não seja ordinário. Portanto, em qualquer ato postulacional. Trata-se *do princípio de adstrição do juiz ao pedido da parte.* Quando alguma função lhe cabe de ofício, é o Estado que "pede". Fora dai, o Estado é chamado a que o juiz estatal dê a sentença, isto é, entregue a prestação jurisdicional. O art. 128 refere-se aos atos do juiz que não sejam meramente constitutivos do processo. Mediante a postulação das partes, as alegações (afirmações de umas e outras partes e demais figuras do juízo), provas produzidas, etc., desenvolve-se a atividade do juiz, até que chegue ao momento de proferir a sentença. Quanto aos atos processuais postulacionais, ojuiz "responde". No que se refere à sentença final e às resoluções incidentes, postuladas, o principio do art. 128 manteve certa rigidez a que somente o art. 129 fez brecha. O pedido atua pelo que ele estabelece. Não precisa de aceitação do juiz, nem, tampouco, de aceitação da parte contrária. E é ele que marca a largura de faixa em que se estende a relação jurídica processual, até que se profira a sentença, nem além, nem fora, nem aquém dessas linhas que o *petitum* traçou. Durante todo o processo as linhas permanecem, avivadas, a cada momento, por sucessivas postulações ou atos processuais constitutivos, ou intervenções de ordenação, partidas do juiz ou provocadas pelos interessados. O verdadeiro lugar do art. 128 tinha de ser ou no título sobre pedido, ou no Capítulo IV, em que está, que é sobre o juiz, ou, ainda, no capitulo sobre a sentença; mas fora deI iberadamente que o Código de 1939 o pusera na Introdução, o que repelimos.

A despeito das incursões que o princípio da adstrição do juiz sofreu, o legislador permaneceu, nesse ponto, mais aferrado ao princípio dispositivo do que ele mesmo, por simpatia teórica, pretendia.

O Supremo Tribunal Federal, a 14 de abril de 1950 *(D. da J.* de 4 de fevereiro de 1952), empregou a expressão

"princípio da adstrição do juiz à vontade das partes", que adotamos desde a 1a ed., e disse o relator: "A questão resolvida achava-se especificada na inicial, não importando a cita ão errônea de dispositivo legal; *le julge connait le droit.* O princípio da adstrição do juiz ao pedido da parte" (Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, ~, l~ ed., 146) não o vincula a inteirar a controvérsia dentro das citações das partes, de lei e de doutrina. O que ele não pode é expandir-se com desobediência ao *petitum,* que traçou "a largura da faixa em que se estende a relação jurídica processual" (Pontes de Miranda, ob. cit., 1, 146). No caso, não se pronunciou o juiz sobre a coisa não demandada, não exorbitou dos limites da demanda.

O pedido abrange tudo sobre que se vai pronunciar o juiz, entregando, toda de uma vez, ou em mais de uma vez, por partes, a prestação jurisdicional.

Após a propositura da ação, se algum fato constitutivo, modificativo, ou extintivo do direito, influir na decisão da lide, cabe ao juiz examiná-lo, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença (art. 462).

No Código de 1939, art. 40, dizia-se que "o juiz não poderá pronunciar-se sobre o que não constitui objeto do pedido, nem considerar exceções não propostas para as quais seja por lei reclamada a iniciativa da parte". No Código de 1973, há o art. 128, de que aqui cogitamos, e há o art. 460, ambos correspondentes ao que se punha no art. 40 do Código de 1939. No art. 460 diz-se: "E defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado". No princípio do art.

128 há referência ao pedido e a questões suscitadas (que podem ser pela outra parte ou as outras partes) se para elas a lei exige a iniciativa da parte. O art. 460 caracteriza espécies de limitação.

2. Direito anterior As Ordenações Filipinas, Livro III, Título 66, ~ jO, diziam: “O julgador sempre dará sentença conforme ao libelo, condenando ou absolvendo em todo, ou em parte, segundo o que achar provado pelo feito”. A forma negativa, estilisticamente desaconselhada, provém do art. 40 do Código de Processo Civil, do projeto preliminar italiano, art. 40~ Os juristas portugueses exploraram, com exatidão de mestres, o conteúdo, as implicações e as consequências do principio *Sententia debet esse conformEs libelio, nec ultra petita proferre valet.* Ensinaram, por exemplo, que se tinha de seguir, ainda que as provas pusessem em certeza mais do que aquilo que foi pedido e deduzido. Mais: que o pedido abrangia os frutos, se pendentes, por serem parte da coisa; as custas; acessões; e o que viesse *ex natura actionis* (cf. Manuel Gonçalves da Silva, *Commentaria*, 1,303-305). Quanto às exceções, eram minuciosos, distinguindo as que então podiam ser decretadas pelo juiz se não as tivessem alegado as partes.

3. “Petita”, “extra petita” e “ultra petita” Tem-se de examinar o todo material e jurídico da petição. O juiz infringe o art. 128, quer julgue *extra petita*, quer *ultrapetita,* isto é, fora do que estava em causa (prestação jurisdicional mal executada, porque se presta o que não estava para ser prestado, se resolve o que não se tinha de resolver), ou além do pedido (mais prestado do que se tinha de prestar). Não é julgar *ultra petita*, nem *extra petita,* condenar às prestações vencidas durante a lide ou vincendas no caso do art. 292 (Supremo Tribunal Federal, 20 de junho de 1952: “E vedado ao juiz, sem dúvida, pronunciar-se sobre o que não constitua objeto do pedido. Mas objeto do pedido é o todo material e jurídico da petição, Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1, 147. Assim, e posto que não invocados pela parte, tem o juiz poderes, dentro do desenvolvimento dos fatos da demanda e das premissas anteriormente aventadas, de aplicar os preceitos legais que resultem das questões debatidas”).

“Ação”, no sentido de direito processual, não é ação, no sentido de direito material. De modo que a mesma “ação” pode referir-se a duas ou mais ações, a diferentes pretensões; e, ainda que o autor em suas alegações possa levar a serem reconhecidas diferentes ações (de direito material), a “ação” é uma só. “Objeto do pedido” não é, no art. 128, o objeto da ação (de direito material), mas a afirmação jurídica, com a descrição do suporte fáctico sobre o qual entende o autor que incidiu, incide ou vai incidir a regra jurídica. Basta que o objeto da

demanda se possa deduzir do pedido. Ao autor e ao réu cabe trazer ao plocesso o material fáctico, que concretiza o litígio, e a afirmação de que seu pedido é baseado em direito, sem que se lhe possa exigir que precise qual o texto e não possa errar quanto à regra jurídica (teoria do pedido estrito), nem, sequer, que tenha de individualizar a relação jurídica, distinguindo-a das outras (teoria da individualização, *Individualisierungstheorie),* nem, tampouco, que só tenham autor e réu de preocupar-se como material fáctico, deixando ao juiz a pesquisa do direito (teoria da substanciação, *substantiierungstheorie).* A teoria da substanciaçáo , que nos primeiros tempos exigia completa exposição dos fatos, necessária ao litígio, passou a só exigir o essencial. Não se pode ficar, no sistema jurídico, em qualquer das três: o *lura novit curia* afasta a primeira; não se exíge, no art. 128, que se caracteriza a relação jurídica controversa, nem, no art. 286, ao falar-se de pedido "certo ou determinado", se abraçou a teoria da individualização; nem se dispensou qualquer indicação sobre a juridicidade do pedido. O problema da alteração do pedido (art. 264) não pesa a favor da teoria da individualização, porque a imutabilidade é relativa ao que o autor expôs como material fáctico, para sua alegação de pretensão, e não ao que qualificou como sendo a ação que lhe cabe (cf. Leo Rosenberg), *Lehrbuch, ~a* ed., 390; (Karl Mayer, *Anspruch und Rechtskraft,* 8). No sistema jurídico brasileiro, têm-se de expor, em seus traços essenciais, os fatos *(=* é preciso e basta que se caracterize o suporte fáctico, ou o que o possa compor) e que se "peça" *(=* faça ou formule o pedido). Não se precisa citar lei, porque *lura novit curia.* Nem o nome da pretensão, ou da ação, ou da exceção; ou, sequer, do direito. O que importa é a *causa agendi,* o que se pede após se dizer o que se passou, ou que se passa, ou que se vai passar. O que se pede é a conclusão, porque se pôs a maior da decisão do fato e se aludiu a haver menor (regra jurídica), donde a conseqUência.

Em verdade, não há silogismo perfeito; há entinema, uma vez que se supõe conhecido o sistema jurídico, sob o qual se dão os fatos o pedido é inferência da exposição do fato. *Conclusio in virtualiterpraemissa continet; Sola narra-tio non sufflcit* (Manuel Gonçalves da Silva, *Commentaria,* 1, 63). Os princípios que se extraem da lei (arts. 128 e 286) são o da necessidade da exposição, no que é essencial, com que se atenua a teoria da substanciação; e o da necessidade de se pedir, para que se saiba qual a prestação jurisdicional que se há' de entregar, afinal, com o que se esbate o princípio da individualização.

Na petição, há de ser expresso o que se pede, se declaração, constituição,

condenação, mandamento, ou execução.

Mas, por vezes, pedindo-se mais, há-se de entender pedido o menos, tanto mais quanto nas ações e sentenças condenatórias há carga forte de declaração, pode havê-la nas ações constitutiva e nas outras, e não raro quem pede execução cumula a ação condenatória e a executiva, iniciando o juízo com incompleta cognição.

A pretexto de aplicar o art. 250, não pode o juiz infringir o art. 128 (l~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação de Mina Gerais, 4 de dezembro de 1941,R.F., 91, 176).

Não é *extra petita: a)* o julgamento que leva às conseqUências jurídicas o que se articulou na petição ou na reconvenção (2~ Turma do Supremo ‘Tribunal Federal, 24 de janeiro de 1947, *R. F.*, 114, 107); porque, se é certo que o juiz não pode pronunciar-se sobre o que não constitua objeto do pedido, nem considerar exceções não opostas pelo autor ou pelo réu, não mais está o autor subordinado ao sistema das *actiones* romanas, e, posto o objeto do litígio, em seus traços discriminativos, implícito é que pediu a *aplicação de lei* com as suas conseqUências (Arthur Nikisch, *Der Streitgegenstand im Zivilprozess,* 45; *Zivilprozessrecht,* 2~ ed., 161 s.; Wolfgang Bernhardt, Die Aufklarung des Sachverhalts im Zivilrecht, *Beitrage,* 16 s.), e o pedido compreende, de modo amplo, todas as questões sujeitas ao exame do julgador (6~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 12 de setembro de 1947, *R. dos T.*, 172, 143); *b)* a decisão que, apreciando o suporte fáctico que faz objeto da ação, em vez de aplicar a regra jurídica *a*, entende que o caso é regido pela regra jurídica *b* e é deferir-se, ou não, o pedido *(lura novit curia!),* porque a aplicação da lei só envolve, ai, *quaestio iuris,* e não depende de citação de texto, nem fica sacrificado pelo erro de invocação da regra jurídica (cf. ja Turma do Supremo Tribunal Federal, 7 de abril de 1947). Imporia julgamento *extra petita: a)* a declaração de relação jurídica, se na exposição dos fatos não há o que pudesse ensejar o fato jurídico de que ela irradiaria ou se poderia irradiar; *b)* se foi pedida desconstituição de alguma relação jurídica por um fundamento e se defere o pedido por fundamento que não se contém naquele, ou não foi apontado pela exposição dos fatos *(e. g.,* não se pode dar o desquite por abandono voluntário do lar, quando somente foi pedido por adultério, ou tentativa de morte, ou sevicia ou injúria mas pode ser dado por injúria grave se o foi por adultério; sem razão, a ia Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a 31 de agosto de

1947, *A. J.*, 86, 187, com decretação de desquite por "intolerabilidade da vida em comum"); *c)* se a sentença se funda em *causa petendi* que não é da petição, nem cabe na que se inseriu na petição *(e. g.*, condena a prestação de contas entre condôminos, se não foi pedida, *~a* Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 30 de maio de 1947, *R. F.*, 115, 152 ou condena acima da quantia pedida, 4~ Câmara Civil, 18 de

136o art. 317 do CC, que previa os fatos apontados como fundamentos do desquite, foi expressa-mente revogado pelo art. 54 da chamada Lei do Divórcio, de n0 6.515. de 26.12.77. O exemplo do texto, porém, continua válido, pois todos aqueles casos autorizam a separação litigiosa, nos termos do art. 50 da referida lei. A sentença que decretasse o desquite, por considerar desonrosa, *v.* g.. a iniLra, aparente nos autos, quando o autor só alegou o adultério como fato consubstanciador de violação de dever do casamento e determinante da insuportabilidade da vida comum, afrontaria o direito de ampla defesa do réu, garantido no art. 50, Lv, da Const. 88 e seria nula. pois a presunção absoluta é a de que o demandado só se defende do quanto na inicial se afirmou e pediu. Não é por Outra razão que escapa aos limites objetivos da coisa julgada a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo (art. 469, III, do CPC), não importa quão debatida tenha sido ela.

outubro de 1948, *R. dos T,* 177, 843, e Tribunal Superior do Trabalho, 19 de julho de 1948, *D. dai.* de 24 de agosto, 2147).

Tem-se procurado sustentar que não incide em direito processual do trabalho o art. 123 do Código de Processo Civil, que já no Código de 1939 *(e. g.*, Tribunal Regional do Trabalho da Bahia, 15 de abril de 1947, *R. F.*, 117,287, e Tribunal Regional do Trabalho da 3~ Região, 30 de abril de 1948, *Mens. F.*, 1, 339); mas o problema é o mesmo para o processo comum e para o processo de foro especial; o juiz somente se liberta do art. 128 se, *in É~asu,* tem poder de julgar de oficio. De modo nenhum se pode dizer que repugne ao direito do trabalho invocar-se o art. 128: a regra jurídica não incide onde

nos processos especiais e no comum o juiz tem poder de investigar ou de julgar além ou fora do pedido.

Tem *cognitio* o juiz que pode conhecer do pedido de tutela jurídica. Toma *cognitio* ojuiz que do pedido conhece. O

procedimento *per cognitionem,* no direito romano, distinguia-se do procedimento *per formulam* a que sucedeu; mas a dicotomia não interessa ao conceito de cognição, tal como hoje se tem. O juiz conhecer do pedido, seja de declaração, de constituição, de condenação, de mandamento, ou de execução. Todos os juizes dos nossos dias são órgãos do Estado, exceto os arbitrais. Enquanto, no direito romano, a regra era escolha do juiz, para se lhe submeter a questão exposta na fórmula processual, tendo sido posterior o juiz independente da escolha das partes, a regra, no direito contemporâneo, é o juiz funcionário judiciário público e excepcional o juiz arbitral. Já o juiz temo *imperi um*, tal como exsurgiu com a *cognitio extra ordinem* ou *extraordinária cognitio.* Ainda quanto à execução forçada, completou-se, nos nossos dias, a evolução que se iniciara no direito romano; de modo que há cognição na execução.

Não há julgamento *ultra petita* quando, por erro evidente da petição inicial, se pode ser julgada improcedente a ação, e o juiz a julga procedente (1~ Turma do Tribunal Federal de Recursos, 10 de agosto de 1962, *D. dai.* de 21 de agosto de 1964, 674). Nem é *extra petita,* a decisão que reduz a taxa de juros (2~ Turma do Supremo Tribunal Federal, 16 de julho de 1963, *D. da J.* de 12 de setembro, 365); ou só acolhe em parte o pedido (40 Grupo das Câmaras Civeis do Tribunal de Justiça da Guanabara, 13 de dezembro de 1961, *R. de J.,* II, 55); ou condena a prestação de alimentos aos filhos (5~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 15 de setembro de 1960, *R. F.,* 199, 201); ou julga, de oficio, haver coisa julgada (3~ Câmara do Tribunal de Justiça do Paraná, 28 de novembro de 1960, *R. dos T.,* 306, 709).

O julgamento *ultra* ou *extra petita* refere-se ao pedido, ou aos pedidos; não ao fundamento ou aos fundamentos (2~

Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 23 de setembro de 1963).

É *ultra petita* a decisão que fixa multa em quantia maior do que se formula no pedido (Câmaras Reunidas do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 27 de junho de 1962); ou se concerne a regra jurídica que não se poderá aplicar de oficio (cf. 2~ Câmara Cível, 25 de maio de 1964; í 5Câmara Cível, l'~ de junho de 1964); ou se condena a indenização maior do que aquela que foi pedida (2~ Câmara Cível, 02 de agosto de 1965), *aliter* em se tratando de matéria infortunistica do trabalho (ia Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, 11 de

outubro de 1962, *J.*, 1963, 374). Se o autor tem direito real e a ação é pessoal, pode o juiz ressalvar o direito real (cf. 30 Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Justiça de São Paulo, 8 de julho de 1960, *R. dos T.*, 306, 167; *~a* Câmara Civil, 5 de junho de 1959, 291, 277). Se foram expostos os fatos, inclusos no pedido, não importa a falta de referência à regra jurídica *(Da mihifactum, dabo tibi ius).* (Cf. 3~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 13 de abril de 1961, 314, 170 e 6~ Câmara Civil, 29 de novembro de 1963, 354, 277).

Se a vitima de acidente do trabalho se refere, na petição, a determinada doença e pericialmente se apura que outra é a causa da incapacidade, a decisão que alude à causação e condena não é *extra petita* (3& Câmara do Tribunal de Alçada de São Paulo, 21 de junho de 1961, *R. dos T,* 318. Se o juiz, na sentença, como, por exemplo, a propósito de alimentos, atualiza o pedido diante da desvalorização da moeda, não julgada *ultra petita* (5~ Câmara do Tribunal de Alçada de São Paulo, 27 de dezembro de 1963, *R. dos T.*, 352, 417).

4. Questões, exceções e cognição Questões, aqui, não está em sentido estrito de exclusão do pedido pela afirmação de relação jurídica incompatível com o *petitum,* e andou certo o legislador de 1973 em empregar, em vez de simplesmente “exceções”, como estava no texto de 1939, a palavra “questões”. A despeito da relevância, no tocante às exceções e àalegação de imcompetência absoluta, há muitas questões que podem ser levantadas sem se exigir

“iniciativa da parte”, ou com a exigência de tal iniciativa. E assim no de qualquer afirmação do réu, que não é incompatível com o *petitum.* Às vezes, a alegação é incompatível com o poder ser verdadeiro o fundamento da demanda, mas *(a)* lhe tira força jurídica *(e. g.,* está solvida a dívida), ou *(b)* parte desta força *(e. g.,* ter havido solução parcial), ou *(c)* lhe ataca com o fato constitutivo de exceção (como a exceção de usura, o desaparecimento da legitimação passiva), ou *(d)* lhe nega a prestação, pagamento, composição (exceção de direito material: prescrição, prorogação, direito de retenção, ou ter o outro contraente cumprido a sua obrigação), ou *(e)* se meramente processual.

Tais questões, a que englobadamente se refere o art. 128, se destinguem em que umas excluem o direito subjetivo, e outras não o atingem. Quando o Código fala de questões a cujo respeito a lei exige extinção do processo, a iniciativa da parte alude às questões, inclusive às exceções dos tipos *(a), (b), (d)* e *(e)* e às do tipo *(c).* Essas podem ser consideradas pelo juiz ainda que não propostas, desde que

se apresentem em simples alegações não postulacionais. As exceções processuais dilatórias (incompetência, inadmissibilidade da forma do processo, compromisso, litispendência, falta de caução às custas), somente podem ser pronunciadas se foram postuladas pela parte. Tratando-se, no caso, de interesse imoral ou ilícito do autor, a exceção de imoralidade e ilicitude é peremptória. *De lege lata*, tem de ser obedecida a exigência para extinção do processo; mais, fora daí, a exceção não perdeu o seu caráter. A própria extinção do processo é exceção.

As exceções processuais tendem à rejeição da demanda, à obtenção de sentença de rejeitamento, sem qualquer pronúncia do juiz quanto ao fundamento da demanda. Bem diferentes são exceções dos tipos *(a), (b), (c),* e *(d),* se as compararmos com a do tipo *(e);* porque aquelas tocam ao mérito. O que há de comum entre elas é apenas o não negarem, simplesmente, a afirmação ou as afirmações do autor e serem compatíveis com a afirmação pelo réu. Nada obsta a que o réu negue aquelas afirmações e alegue a exceção, numa espécie de alternativa de defesa que as leis processuais toleram; porque aquela compatibilidade só serve a defini-las. O direito processual não acha conveniente exigir ao réu a compatibilidade entre as suas *negações* do fato constitutivo afirmado pelo autor e as *afirmações* de fatos impeditivos ou extintivos, tal como ocorre com as exceções dos tipos *(a), (b)* e *(c).*

As exceções do tipo *(e)* são compatíveis com a negação do fundamento do autor, por serem estranhas ao fundamento.

Certas exceções, a de incapacidade de direito material, a de dolo, a de erro, a de violência, a de fraude, pertencem ao direito material e entram no tipo *(d),* sendo, porém, de notar-se que a alegação de incapacidade absoluta, a de ilicitude, a de infração de forma substancial, parecendo-se com as exceções do tipo *(c)* são, em vez de exceções, negações, devido ao conceito de nulidade que o sistema jurídico brasileiro adotou. O art. 128 não se refere a essas postulações do réu, cujo o tratamento por parte do juiz, depende da regra de direito material que as classifique e fixe a decretação de invalidade (de ofício, a requerimento de qualquer pessoa, somente pelo interessado etc.). Se são formuladas as alegações de nulidade *ope excepcionis,* é só formal a concepção delas como exceções, uma vez que são eficazes *ipso iure.*

São também exceções materiais a de prescrição, o *beneficium excus*

sioniseaexceçáo *pluriumlitisconsortium.* Entram, pois, no tipo *(d).* Têm-se apontado alguns casos de exceções desse tipo que seriam pronunciáveis de oficio. Depende de lei expessa, de que exemplo próximo é o do art. 129, quanto à simulação material não o autoriza em nosso direito.

Giuseppe Chiovenda *(Instituzioni,* 1, 314) fala do direito de usufruto do réu quando a ação é de reivindicação, porém o engano ressalta: não se trata de exceção; nem sequer a sentença sobre a reivindicação faria coisa julgada material quanto ao usufruto. A ressalva, que o juiz fizesse, nem daria, nem tiraria. Quanto às exceções processuais que a lei processual fez pronunciáveis de ofício, vejam-se a nota 5), adiante, e as notas ao art. 11 e parágrafo único.

A argUição de nulidade da citação, a despeito de ser aparentemente pronunciável de ofício, se se trata de incompetência improrrogável, tem suscitado questões quando se refere à incompetência *ratione materiae,* ou pela hierarquia. O que logo ressalta é a confusão. Trata-se de alegação de incompetência, e não de exceção de nulidade da citação. A alegação de incompetência *ratione materiae* ou pela hierarquia é peremptória (isto é, pode ser pronunciada a qualquer tempo da demanda); se é pronunciável o ofício constitui outra questão. Os diferentes sistemas processuais dão-lhe respostas dispares. Sobre o assunto, notas ao art. 113.

Quanto às exceções do tipo *(d)* convém ter-se envista: *a)* que se lançam contra o exercício da pretensão, não contra a pretensão mesma (Henrich Siber, Einrede, *Handwõrterbuch,* II, 192; diferente, Andreas Von Tuhr, *Der Aligemeine Teu,* 1, 265), razão por que não cabe ai a exceção de cessão da pretensão, nem a do direito ou da ação (cf. F.

Regelsberger, *Pandekten,* 1, 251); *b)* as exceções peiam, paralisam pretensão, não a destroem. Alguns juristas, guiados por P. Langheineken *(Anspruch,* 44, 272), preferem dizer que a exceção fere a pretensão. Foi o que acima dissemos *brevitatis causa.* Uma das conseqUências de tal definição pretendeu mostrá-la Rudolph Sohm (Die subjektiven Rechte, *Jherings Jahrbucher,* 73, 294 e 299), concluindo que, nas ações constitutivas, não há exceções do tipo *(d).* Se nas ações constitutivas não se opõem exceções de tal espécie, por nelas não se fazer valer pretensão (!),como se explicariam a exceção de prorrogação, oponivel na ação de dissolução de sociedade e de exceção de prescrição contra a ação de anulação por violência ou dolo?

5. Defesa de cognição Deixou art. 128 de dispor que ao juiz não édado pronunciar-se sobre matéria de defesa (contestação), que não esteja articulada ou alegada. Nem isso é “pedido”, nem é “exceção’~, mas é“questão”. Quando o réu pede, no sentido técnico, reconvém. A omissão do art. 128 é inoperante, porque, dado o seu teor, não se compreenderia que facultasse ao juiz estender defesa, ou fazê-la. Em todo caso, o que lhe cumpre é aplicar a lei, e na apreciação do pedido e da defesa, desde que não exceda o objeto de uma ou de outra tem de adstringir-se à lei. Por isso não pode absolver o réu que não se defendeu, raciocinando com afirmações da sentença e não do réu, nem condenar contra as provas dos autos. As exceções são de iniciativa da parte; não se pronunciam decisões sobre elas nem que se suscitem. Excepcionalmente, são atendíveis de ofício. Antes, nota 4). A essas refere-se o art. 128, a cujo respeito a lei exige. O Código de Processo Civil delas fala em matéria de nulidades processuaís.

A defesa propriamente dita (contestação, exceções), não a larga faixa que o pedido traçou, segundo a imagem da nota 1); apenas pode ser mais larga do que ela, convergindo para ela e tendo de ajustar-se à sua largura. *(a)* Se a defesa é mais larga do que o pedido, pede, não defende. Só em reconvenção pode ser. A alegação de compensação, por exemplo, ataca com mais largura do que a que tem o pedido; mas as suas linhas avançam de modo a só corresponderem à extensão do pedido. *(b)* Quando o juiz deixa de explicar a lei que o autor pretendeu fosse aplicada para lhe ser favorável a sentença, sem que o réu o alegasse, não defende o réu nem lhe empresta exceções, nem infringe o art. 128. A incidência das leis independe das partes e do juiz. Todos, partes e juiz estão obrigados a ela. O

poder das partes de dispor da sorte do processo não vai ao ponto de lhes outorgar a faculdade de fazer não-incidentes, no passado, no presente ou no futuro, as regras legais. Ainda sem a vontade do réu, ou contra ela, pode o juiz pronunciar sentenças rejeitativas se a regra jurídica de que se trata incidiu, e incindiria, ainda que o réu não tivesse querido ou se, para afastá-lo, devesse o réu ter querido outra coisa.

(Também se usa distinguir defesa de rito de defesa de mérito, conforme se refere ao direito processual ou ao direito material. Primeiro, há falta de valor prático, se não nos precavemos quanto à falsa correspondência entre rito e direito processual e mérito e direito material. O direito processual contém regras de mérito; *e. g.*, os arts. 16 e 17. Segundo, j,onde estariam as exceções do tipo *(e)*,

referidas à nota 4), se têm o cunho da exceção de direito processual? Para que a distinção se conserve, tem-se de mudar o conteúdo de cada um dos conceitos: defesa que não impede a propositura de outra demanda sobre o mesmo pedido, só "pervertendo" o processo, como diziam os velhos escritores do direito comum; e defesa que a impede.)

Ao falarmos de exceções processuais, havemos de frisar, sob o Código de 1973, que o art. 304 só se refere à exceção de incompetência (art. 112), à de impedimento (art. 134) é à suspeição (art. 135). Não aludiu ao art. 113, porque nele se diz, sem correspondente exato no direito anterior, que a incompetência absoluta deve ser declarada de oficio e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independente de exceção. Não se precisa de observar o que consta nos arts. 307-309: basta que se alegue a incompetência absoluta. Não se há de pensar em processo de exceção, nem em necessidade de prova testemunhal. Se manifestamente improcedente a alegação, o juiz declara que não tem cabimento.

6. Exceção de coisa julgada A exceção de coisa julgada é pré-processual. Refere-se a corte pela força material da sentença. Quanto à exceção

de coisa julgada, o juiz, com a sentença, estabeleceu a relação, bem ou mal, entre as partes, tal como tem de ser, até que possa, e se puder, ser rescindida a sentença. Enliçam-se os juristas em discutir, sendo função do juiz a de aplicar leis que incidiram, se é, em princípio, possível (e como) permitir-se- lhe alterar a *incidência.* A teoria processualística responde que é possível; a teoria materialística que não no é. Entre as duas estão as atitudes intermediárias dos que pensam na passagem de situações obscuras, ditas incertas, a situações claras, ditas certas. Nota-se a confusão entre incerteza objetiva e incerteza subjetiva.

O problema, se o queremos ver com critério rigorosamente científico, é falso problema. O juiz não muda a incidência.

A incidência houve e continua de ter havido, qualquer que haja sido a conclusão da sentença. A força de coisa julgada material é conseqUência da força que a lei atribui à sentença. Não vem ao caso discutir-se se o fim do processo é a composição da lide, ou se ajusta composição; depende do grau de civilização do povo, como depende do seu grau de civilização ser a simples composição ou a composição justa o que inspira a atividade legislativa. Inconscientemente,

introduzem-se, com essas discussões, os chamados julgamentos de valor (como ocorreu a Francesco Carnelutti, *Sistema,* 1, 246, que insere a justiça da composição como elemento *a priori;* e a Enrico Allorio, *Natura delia cosa giuicata, Rivista,* XII, 228, que se satisfez com a composição simples, reeditando controvérsias alemãs). Se queremos permanecer no terreno puramente jurídico e de política jurídica das legislações, o que se tem de assentar, e se assenta *a posteriori,* é que, invocada a coisa julgada não é direito tal como incidiu que se invoca: invoca-se a sentença, a relação

jurídica tal como ficou depois das alterações (se as houve) que lhe ficaram do contraditório e das prestações jurisdicionais do juiz. Relações jurídicas não são absolutas. Pensa-se na prescrição, no elemento ilícito posterior, em certos efeitos da confusão, da ação do tempo sobre os sujeitos e o objeto, modificando-os. Como se gastam lá fora, se destroem, se extinguem, gastam-se, sofrem lesões e deformações durante o processo e por obra da atividade processual. O estado pré-processual da relação jurídica somente pode ser restaurado se o direito processual o permite.

Quase assim pensou Max Pagenstecher, porém sem a mesma concepção, donde Paul KrUckmann (Die Materielle Urteilswirkung, *Zeitschríft,* 46, 395) aludir a "fratura torta", quando demonstrou e caracterizou que a coisajulgada material nada tem com a declaração do direito pré-processual (Max Pagenstecher, Díe praktische Bedeutung des Streites Uber das Wesen der Rechtskraft, *Zeitschrift,* 37, 30; Zur Frage von der Rechtskraftwirkung, *Zeitschrift,* 37, 328, 398, s.).

Segundo a L. 25, ~ 2, D., *de exceptione rei iudicatae,* 44, 2, quem se ofereceu para negócios alheios e em nome do interessado pediu o fundo, sem que sobreviesse satisfação, e o interessado mandou que de novo o pedisse, a exceção de coisa julgada não é obstáculo *(exceptio rei iudicatae non obstabit).* A regra jurídica de Juliano tanto se referiu às ações pessoais como às reais *(si non in rem, sed in personam actumfuerit).* Ali, o agente gera negócios alheios em nome de outrem, sem ser, portanto, procurador; aqui, já o é se tem os poderes com as formalidades legais. Em nenhum dos casos *háfalsus procurator* (cp. Hopfner, *Vertretung ohne Vollmacht,* 4; Juhus Wissinger, Die L. 25, * 2, D., *de exceptione rei iudicatae,* 44, 2, 15 s.)

A exceção de coisa julgada material é pronunciável de oficio. Se bem que seja de natureza processual (cp. A. W.

Heffter, *System,* 160, 434; J. A. Albrecht, *Die Exceptionen,* 119 s., 181; contra, sem razão, Oskar Bulow, *Die Lehre von den Prozesseinreden,* 227), é irrenunciável, e pode ser observada pelo juiz, ainda que não tenha sido alegada.

Qualquer das partes pode alegar a coisa julgada material *(non secundum litis).* Onde quer que o juiz acolheu ou rejeitou *declarar,* ocorre a força ou efeito de coisa julgada material. Não só as sentenças de condenação produzem esse efeito, ou têm essa força. O texto do Digesto, na L. 1, *de re iudicata,* 42, 1 ("Res iudicata dicitur, quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accipit, quod vel condenatione vel absolutione contínglt ) não exprime a verdade. É ao elemento declarativo que corresponde a força ou o efeito de coisa julgada material. Supõe-se a *pronuntiatio iudicis,* a *definição,* contida na sentença (não a sua principalidade no processo), sem ser preciso recorrer-se a qualquer presunção da verdade do julgado: é a preclusão mais o ter-se chegado ao *finis controversiarum.* A força da sentença de condenação é condenação mesma; a coisa julgada material é, então, efeito. Força de coisa julgada material tem a sentença declaratória; as outras sentenças só têm o efeito, desde que o elemento declarativo nelas contido chegue a definir a questão. Foi E. C. von Savigny *(System,* VI, 259) quem pôs claro que a execução forçada, e não a coisa julgada material, deriva do conceito mesmo do ofício do juiz; porém não consegui ver que a coisa julgada material decorre da declaração. Do conceito do ofício do juiz (diremos hoje) emana que as sentenças condenatórias e aquela em que o elemento condenatório seja relevante, embora não preponderante (como a sentença na ação de divórcio ou de anulação de casamento preponderante-mente constitutivas), tenham executabilidade forçada (como efeito), não que tenham força e efeito de coisa julgada material. Tanto assim que se admitem ações *contra* a coisa julgada formal (ou formal e material): a ação rescisória, a revisão criminal. O que não se compreenderia é que, havendo ações declarativas ou de elemento declarativo relevante, se permitisse ao juiz declarar, sem certa imutabilidade, que a prática, a utilidade, a conveniência da estabilidade jurídica reclamam.

Porque a coisa julgada material é estranha ao conceito de oficio do juiz, só muito *posteriormente* a esse apareceu a vedação de reexame que ela implica. Nos momentos de revolução, ou de regressão dos dirigentes reacionários, há voltas, psicológicas até esse momento em que ainda não havia a segurança extrínseca da coisa julgada material (nem a regra de irretroatividade das leis).

A respeito da coisa julgada material, cumpre atender-se a que depois de havermos classificados as ações, rigorosamente, segundo a carga de eficácia muitos problemas se simplificam devido ao enunciado científico, que temos de versar, de espaço, quando tratarmos dos efeitos das sentenças: *toda sentença, que tem força declarativa* (5), ou eficácia *imediata* (4), ou de *mediata* (3), *declarativa,* produz *coisa julgada material.* Cf. nosso *Tratado das ações,* Tomo II.

No direito romano, só há sentença sobre o mérito (Oskar BÍilow, *Die Lehre von den Prozesseinreden,* 282) produzia coisa julgada material. Resultava de se haver dirimido a peleja. O *Res iudicata pro veritate accipitur* foi acréscimo de Ulpiano, que, por suas origens, amava do relevo ao ofício da autoridade. A escolástica medieval concebeu o processo como operação lógica, a sentença como conclusão, donde o *Res iudicata praeiudicat veritati.* Não importava ajustiça concreta; importava que o juiz havia

raciocinado e havia chegado à conclusão formal. Quando se ousou dizer que "Res iudicata facit de albo nigrum, originem creat, aequat quadrata rotundis, naturalia sanguinis vinculati et falsum in verum mutat" (5. Scaccia), completava-se a evolução de uma antologia e de uma gnosiologia escolástica, sofria-se a obsessão de criacionismo *(Originen creat),* referia-se à matemática medieval que estacou diante do problema da quadratura do circulo *(aequat quadrata rotundis),* "imitava-se" ensino impositivo *(falsum in verum mutat)* , a política que confundia *sangue e classe,* achando tão absurdo quanto quadrar círculos ou misturar sangue.

O quadro psicanalítico ressalta.

Ora, sendo *inter partes,* a coisa julgada material é relativa. O que não foi entre partes *(e.* g., entre uma delas e terceiro), deixou negro o que era negro, não criou coisa alguma, não quadrou círculo, nem misturou sangue de nobre e sangue de plebeu, nem impôs o que a Escola pensava.

No direito romano, as *interlocutiones* não produziam coisa julgada. A antítese deu-a o direito germânico (J. W.

Planck, *Die Lehre von den Beweisurteil,* 100, 133 s.), com a apelabilidade de qualquer resolução judicial e a coisa julgada material das interlocutórias *vim*

*definitivae habentes.* A distinção entre nulidades sanáveis e nulidades insanáveis também foi síntese entre a tese romana (insanabilidade de todas nulidades, porque ser nulo era então, não existir) e a sanabilidade germânica. Mas o *mutarefalsum in verum* foi escolástico.

Seja como for, o espírito ocidental libertou-se da estrita ligação da coisa julgada material à sentença definitiva.

Quando a sentença tem a carga de 4 ou 5 de declaratividade, não há dúvida quanto a fazer coisa julgada material. A discussão versou sobre a eficácia de coisa julgada material se a decisão só tem 3 de declarativide.

O problema consiste em se saber se o julgado sobre a *quaestio praeiudicialis* só se impõe à decisão da *quaestio principalis* que se segue, no mesmo processo, ou se pode ser oposto em *exceptio rei iudicatae* noutro processo, para que outra decisão atenda ao julgado, no que foi declarado. E escusado advertir-se em que só se trata de novo processo entre as mesmas partes e sobre a mesma relação jurídica que positiva ou negativamente se declarou, ou sobre a autenticidade ou falsidade do mesmo documento. Cf. Joh Rys *(Die Rechtskraft der Incidentenscheidung uber Prãjudicialrechte,* 8,27). Deve-se a Giuseppe Chiovenda *(Saggi,* 11,405) excelente observação a respeito de *"coisa julgada":* "assim, no nome romano de *res iudicata,* perdeu importância o substantivo *res,* que representava, na origem, a coisa deduzida em lide, em beneficio do princípio *iudicata,* que se aplicou a toda questão decidida". Porém não afastemos toda a ligação entre a *res deducta* e a coisa julgada material, pelo menos como o que mais acontece. Ao se discutirem os arts. 469, 471 e outros, tem-se de levar em conta o implícito no pedido e seguir-se critério que se sobreponha à concepção romana e à germânica. A relevância e a irrelevância dos motivos (art. 458) foram, por isso, estudadas mais de espaço.

A atividade da *res iudicata* é irrenunciável, dissemo-lo já. A parte pode renunciar, restringir ou obter mais do que a sua pretensão reconhecida pelo julgado; mas isso é outra questão. A coisa julgada material pode ser objeto de pacto *antes* ou *depois* do julgado, em contratos processuais de exclusão (termo de Josef Kohler), ou em contrato ou declaração unilateral de vontade. *Antes,* se os pactos não têm disso apenas a forma e, no fundo, atingem o direito material ou a pretensão, segundo as respectivas regras de direito, são ineficazes. *Depois,* teriam o inconveniente grave de ofender a utilidade do principio da coisa julgada

material, fazendo-a de interesse só das partes. Nem para repelir tais pactos ou obrigações assumidas unilateralmente (quanto à fonte) precisa o juiz de invocar o art. 120.

Vimos que a relação jurídica processual, de que resulta a eficácia da coisa julgada material, tem a configuração

"autor-Estado, Estado-réu" e não a configuração "autor-réu", nem mesmo "autor-Estado, Estado-réu, autor-réu" (triangular, como queria Th. Schwalbach). Se as partes a podem opor, também o juiz o pode. Se o juiz não pode renunciar a ela, nem a cancelar, tampouco o podem as partes. A regulamentação do tempo em que a *exceptio* pela parte se há de apresentar (art. 304) não alcança o juiz. Tem-se, assím, que a *pronunciabilidade de oficio* e a *irrenunciabilidade pela parte* dimanam da configuração mesma da relação jurídica processual.

Pense-se na ação reivindicatória, com a sentença favorável: a eficácia entre autor e réu começa com o trânsito em julgado, mas a eficácia *erga omnes* só se inicia com o registro do imóvel em nome do vencedor na ação de reivindicação.

Não há força ou efeitos de coisa julgada material *erga omnes.* A força ou os efeitos *erga omnes* são força e efeitos de outra natureza.

*Art. 129. Convencendo-se, pelas circunstâncias da causa ~>, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei ) ~), o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes* 2)

1. Ato simulado e ato "in fraudem legis" A decisão que o juiz profere, nos casos do art. 129, é a decisão na causa, ou em qualquer incidente em que tenha de proferir despacho ou sentença capaz de produzir um dos males mencionados no começo da regra jurídica e analisados à nota 1). A característica de tal poder do juiz, estranho à delimitação ao pedido em que tradicionalmente sempre se pôs o juiz, consiste em ter ele *(verbo* "proferirá") de obstar ao objetivo indevido da parte. A parte adversa não lho pediu, ou lho pediu, ou lho sugeriu no curso da causa. Não importa. Os atos que ele pode impedir, invocando o art. 129, foram considerados pelo Estado independentes de qualquer das partes. Ao ter de decidir, o juiz se encontra em face do que aduziram as partes e os interessados, e desse *pedido* do Estado. Porque, em verdade, o art. 129 funciona no processo, se queremos conservar os princípios que regem o direito processual, como pedido

do Estado para que se coarcte a atividade daninha de qualquer dos litigantes, autor ou réu ou outro figurante. Pedido permanente e para quaisquer processos.

A fonte do art. 129 foi o art. 115 do Código de 1939.

2. Pressupostos do poder do juiz, em caso de simulação e fraude à lei O pode do juiz está limitado, para decisão excepcional fundada na regra jurídica que comentamos, à existência de ato simulado ou de fraude à lei. Seria errôneo pensar-se que o legislador lhe concedeu apreciar a figura do abuso do direito, sem pedido das partes. O Código não conhece ação preventiva do abuso do direito, quer de direito material, quer processual, nem, tampouco, autorizou o juiz a proferir sentença que evite o abuso do direito. Nem é sem grande interesse prático precisar-se bem qual a atitude que deva ter o juiz na ocasião de pronunciar a sentença. No redigir a decisão, ele mesmo tem de determinar os limites do que decidiu; e, se deixasse ambíguos, equívocos, ou elásticos, esses limites, o defeito seria dele, e não da parte. Se lhe parece prudente dizer alguma coisa sobre o exercício do direito que reconheceu, ou que declarou, cabe fazê-lo, porque está dentro da sua função de realizar o direito objetivo e ao mesmo tempo de dirimir contendas; porém não com caráter de evitar abuso do direito. O art. 129 tem de ser interpretado de modo estrito, devido à natureza de exceção ao princípio. Não há senão dois casos, no art. 129, em que ao juiz é dado proferir decisão sobre matéria não pedida: *a)* quando o autor e o réu se serviram do processo para realizar ato simulado, tal como no pleito de executivo hipotecário em que autor e réu se mancomunaram para simular, com a sanção do juiz, a existência de tal crédito; *b)* quando as partes, autor e réu, mediante o processo, pretenderam obter o que a lei proibe, como se dá, de ordinário, com ações de nulidade de casamento a fim de conseguir o que só o divórcio daria.’37 Ou simulação fraudulenta, ou fraude à lei.

Há simulação simples e simulação com intuito nocivo. Tem o juiz de apurar a nocividade da simulação, porquanto a violência da medida não se justificaria se, a despeito de certo ato intencional, nenhum dano decorresse a outrem, ou à sociedade, ou à dignidade da justiça. Inclusive quando se trata de perfazer requisito indispensável à aquisição ou ao exercício de algum direito. Por exemplo: o testador deixou o legado como presente de casamento a A e B, que são noivos; o noivado desmanchara-se; A e B contraem casamento só para receber o legado. Em vez do casamento, que aliás é ato processual, poderíamos pôr outra condição, ou pressuposição, que consistisse em situação jurídica só

conseguível por meio de sentença judicial em processo contencioso.

3. Fraude à lei Mediante a fraude à lei, obtém-se o que a lei proibe usando-se o que a lei permite. Ninguém pode desistir de direitos inalienáveis. São conhecidos, de todos, os processos em que a pessoa, privada da faculdade de alienar, recorre a esses expedientes para chegar aos mesmos ou a resultados próximos àqueles a que chegaria se a alienabilidade lhe fosse permitida. Eo caso vulgar das sub-rogações de bens gravados com cláusula de inalienabilidade, ou com fidúcia, ou com usufruto, ou bens dotais etc. Sobre o conceito e as regras jurídicas sobre a fraude à lei, *Tratado de Direito Privado,* 1, ~ 17.

4. Circunstâncias da causa No Código de Processo Civil português, art. 665, que foi a fonte do art. 115 do Código Civil de 1939, falava-se de "conduta das partes e quaisquer circunstâncias da causa". Na regra jurídica brasileira, de 1939 e de 1973, somente são referidas as "circunstâncias da causa". Na lei portuguesa, a conduta das partes e quaisquer circunstâncias da causa, aliás, "ou" quaisquer circunstâncias da causa, produzem a convicção. Pergunta-se:

~,O fato de ter riscado "a conduta das partes" significa que o legislador brasileiro limitou o pressuposto a "quaisquer circunstâncias da causa"? A resposta há de ser negativa: primeiro, porque a simulação e a fraude à lei têm de ser provadas, no intimo do juiz, pelas circunstâncias da causa, circunstâncias da causa, circunstâncias interiores ao juízo e circuns137 Por isso, aliás, o art. *475,* 1. Rarejam, todavia, tais ações, na vigente ordem constitucional porque o *alt.*

226, ~ õ0 2~ parte, da Const. 88 autoriza o divórcio pela simples, e comprovada, separação de fato por mais de dois anos, tempo menor do que, normalmente, leva a ação de nulidade. Se os divorciandos afirmam, falsamente, a separação de fato bienal, quando ela não existe, ou só existiu por tempo menor, o art. 129 incide.

tâncias exteriores ao procesSO, mas envolventes dele; segundo, porque a conduta das partes é uma das circunstâncias mais importantes da causa.

A fraude à lei, de que cogita o art. 129, não é só a que se opera no plano internacional. Isso significa que a extensão da fraude à lei *revelante* (nosso *Tratado de Direito Internacional Privado,* 1,293-298) cresceu, enormemente, no direito brasileiro. O conceito é o da lei *fraudada,* quer dizer o do sistema jurídico

a que pertence a lei a ser aplicada. Não é, portanto, sempre, o conceito do direito brasileiro, mas é precipuamente esse.

Não se fale de se tratar, no art. 129, de processo simulado. A simulação é ligada ao pedido ou à própria contestação.

Por isso mesmo, pode alguém propor ação condenatória contra outra pessoa para que ela tenha de sofrer a execução nos bens que o réu, em testamento, legara a terceiro. Não ha, aí, fim proibido por lei, nem ato simulado. *Aliter,* se autor e réu se servem do processo para que o réu seja condenado ao que não devia e assim evitar que, com o vencimento de notas promissórias entregues a terceiro, os bens estivessem livres para a ação executiva dos títulos extrajudiciais. O processo dito simulado pode não ser processo em que o pedido e a contestação contenham ato simulado ou fim proibido por lei. *É* errado estar-se a ligar àsimulação do processo o que só pode consistir em ato simulado ou for proibido por lei. Se, por exemplo, foi proposta ação de paternidade, sem qualquer simulação processual, e o juiz descobre que a mãe e o filho, ou só a mãe, ou só o filho, foi subornado pelo pai ou pelo herdeiro ou pelos herdeiros do pai, o juiz deve providenciar para todas as diligências necessárias, a fim de proferir sentença que obste aos objetivos. O art. 129 supõe intenção prévia (“se serviram do processo”), mas temos de interpretar que a simulação ou o fim proibido pode ser posterior à propositura da ação.

*Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da pane, determinar as provas necessárias* 2) à *instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis’) ~) ou meramente protelatórias4).*

1. Diligências necessárias e diligências inúteis Na sua abrangência sem precedentes, o Código de Processo Civil de 1973, art. 130, como o de 1939, art. 117, deixou longe a Ordenação Processual Civil austríaca, § 275. Na legislação brasileira anterior ao tempo da pluralidade do processo, que foi incidente histórico de quase meio século, o Código de Processo Civil do Distrito Federal, art. 238, chegara apenas a dar ao juiz a faculdade de determinar, de oficio, exames periciais, bem como a de negar a perícia, se o fato dependia do testemunho comum e não exigia o parecer de técnicos. Agora, como desde 1939, o juiz pode ordenar quaisquer diligências necessárias à instrução do processo. Quer dizer: pode provocar e movimentar todas as provas que entenda. O problema técnico, que se apresentava ao legislador, era: ou subordinar o juiz às

provas dos autos, sem qualquer oportunidade de interrogação, ou de perícia, ou de inspeção ocular de documentos referidos, porém não produzidos; ou permitir, apenas, a inspeção ocular e documentos, o exame pericial tão prestante em certas emergências, a reinquirição de testemunhas, ou a inquirição daquelas que por qualquer motivo deixaram de ser inquiridas, se bem que indicadas pelas partes, e a interrogação das partes; ou entregar ao juiz todo o poder inquisitório. Se a primeira solução pecava pela insuficiência, a última pecaria pela entrega de poder que os povos mais experientes, de mais alto grau de civilização, não ousaram reeditar desde séculos. Dar ao juiz o direito de ordenar produção de testemunhas que as partes não ofereceram, ou mandar que se exibam documentos, que se acham em poder da parte, e não foram mencionados pela parte adversa, ou pela própria parte possuidora, como probatórios de algum fato do processo, ou deliberar que uma das partes preste depoimento pessoal, é quebrar toda a longa escadaria, que se subiu, através de cento e cinqüenta anos de civilização liberal. A Ordenação Processual Civil austríaca não foi além do poder de recusar provas oferecidas pelas partes.

O que não é dado ao juiz é ir *além* do tema probatório (RudolfPollak, *System,* 650; 4~ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 16 de novembro de 1940, *R.F.,* 86, 624).

Se o juiz ordena perícia, fundado no art. 130, í a parte, o perito pode ser por ele nomeado,”8 sem que isso infrinja o art. 421, *§* l~ (2~ Turma do Supremo Tribunal Federal, 25 de julho de 1950, *D. da J.* de 16 de maio de 1952).

Dos despachos do juiz com fundamento no art. 130 não cabe qualquer recurso (2~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 17 de abril de 1950, *O Diário,* de Belo Horizonte, 6 de julho de 1950); salvo se cerceia a defesa, por não ser inútil ou ter sido requerida com intuito meramente 138 O perito é sempre nomeado pelo juiz (art. 421, *caput),* incumbindo às partes indicarem os seus assistentes técnicos *(§* 1~, 1).

protelatório, a diligência (Tribunal Regional do Trabalho da ia Região, 13 de março de 1950).

Não preexclui o poder que tem o juiz, em virtude do art. 130, 1a parte, o fato de não ter sido contestada a lide (Conselho de Justiça do Distrito Federal, 12 de junho de 1950, *D. da J.* de 29 de agosto de 1951), ou ter corrido à revelia.

2. Diligências necessárias Diligências necessárias à instrução do processo são todas as que as partes poderiam pedir.

Só se excetuam atos postulacionais. A lei não distinguiu entre aquelas: “o Código”, disse Pedro Batista Martins *(Comentários,* 1, 354), “não retirou às partes o direito de reunir os elementos de prova; a iniciativa ainda pertence aos litigantes; mas o direito das partes não exclui o do juiz, que poderá ordenar as diligências que lhe parecerem necessárias à instrução do processo. O Código atual... atribuiu ao juiz a incumbência de, mediante despacho motivado, ordenar, oficialmente ou a requerimento, não só exames periciais, mas toda e qualquer diligência necessária à instrução do processo”. Com fundamento no art. 129, pode o juiz ordenar prova que por alguma circunstância não se produziu, ou, sendo coletivo, prova que, sem razão, foi negada, ou repelida como protelatória (Rudolf Pollak, *System,* 596).

A atividade do juiz, conforme o art. 130, não está limitada, no tempo, ao momento de saneamento do processo (arts.

327 e 331), nem *até ele,* inclusive. Só a impede o proferimento da sentença (assim, o Conselho de Justiça do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 27 de janeiro de 1941, *R. dos T.,* 140, 654). A respeito, no mesmo sentido, Oscar da Cunha *(O.D.,* VII, 88).

Que a atividade do juiz, no art. 130, não é de arbítrio absoluto, reconheceu-o a ~a Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 20 de abril de 1942 *(R. dos T.,* 139, 720), ainda quanto a determinar prova, se é agravável o despacho. Se o não é, passa-se o que se diz à nota 4), *infine.*

A fundamentação do despacho é necessária para se evitar que fique no foro intimo do juiz a razão do uso da atividade negativa ou positiva do art. 130 (5~ Câmara Cível, no julgado que acima se citou).

Ajuntada de provas produzidas em juízo aliunde está subordinada ao art. 130 (4~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 23 de dezembro de 1941, *D.,* 14, 366).

3. Provas inúteis ou meramente protelatórias A requerimento de qualquer interessado, ou de oficio, pode o juiz indeferir as provas inúteis ou meramente

protelatórias.t39 O poder conferido ao juiz de indeferir, em despacho motivado, a produção de provas, oferecidas pelas partes, ou por algum dos interessados, de modo nenhum ofende os princípios sãos da processualística. Na superior instância, ao serem reexaminados processo e sentença, o erro ou capricho do juiz pode ser corrigido. E interessante observar-se que se não exclui da possibilidade de denegação qualquer das provas processuais, nem a exibição de documento ou de coisa, nem a prova documental, nem o depoimento pessoal, nem o testemunho, nem os exames periciais, nem o pedido da produção da prova dos usos e costumes. O critério pelo qual se há de guiar o juiz, para indeferir o pedido das diligências, é serem inúteis ou meramente protelatórias. Inúteis em relação ao objeto do processo: ao que pediu o autor, ao que contestou o réu, ou em reconvenção, pediu, ou o que pediu qualquer das figuras inscritas, aderidas, chamadas, nomeadas, ou opoentes à relação jurídica processual. A diligência é inútil quando, se fosse produzida, nada adiantaria a quem a requereu. Outro critério, de que também pode usar o juiz, é o de verificar se a parte, ao requerer a diligência, intenta protelar o processo. Aí, o Código exige que os propósitos protelatórios sejam manifestos.

4. Devolução do processo à cognição da instância superior Quando a cognição do processo é devolvida à instância superior, qualquer ato do juiz, que tenha sido praticado conforme o art. 130, é apreciado por ela. E certo que há o agravo de instrumento para os despachos que não admitirem a prova requerida, ou cercearem, de qualquer forma, a defesa do interessado. Isso poderia levar a crer-se que a instância superior somente atende ao que se lhe pediu nos agravos, portanto, somente quando houve agravo. Cumpre distinguir: *a)* se o juiz usou do seu arbítrio de determinar as diligências, e essas se realizaram, estão insertas na instrução da causa, e não caberia agravo, nem se compreenderia que a instância superior corrigisse o ato do juiz, simplesmente aumentativo da instrução: *b)* se o juiz indeferiu diligências pedidas, ou cerceou, de qualquer modo a defesa (cf. art. 125, 1, II e III), então, sim, ou houve agravo e a instância superior tem de resolver, se andou bem, ou não, o juiz em indeferir, ou não houve e a instância superior não teve a cognição do *pedido de desagravo.* Mas, ainda não tendo havido agravo, os juizes da segunda instância não ficam privados de usar do poder que lhes confere o art. 130, que independe de qualquer 139Incumbindo-lhe, ademais, obstar à produção das que só se obtêm por meios ilícitos ou negar qualquer valor às assim obtidas (Const. 88, art. 50, LVI).

comunicação de vontade da parte contrária, ou de qualquer comunicação de vontade da parte interessada na prova, portanto da comunicação de vontade que constituiria o agravo.

*Art. 131. O juiz apreciará livremente2) aprova4), atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados3) pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos 5) que lhe formaram o1*

1. Convencimento do juiz Tão natural é, tão determinado pelo pensamento que se guia pelos fatos e sinais deles, e decidir do juiz pela sua *livre convicção,* mas adstrito *"aos fatos* e circunstâncias *constantes dos autos",* que esse foi sempre o proceder dos juizes, ainda sob o regime das provas escalonadas e estimadas pela lei. Nunca o homem conseguiu a verdade sem pensar com liberdade e sem partir de fatos e sem ater a eles, ainda quando, em ciência, usasse hipóteses de trabalho. Num dos seus misteres, que é o de investigar quem está com a razão, se, por um lado, tem o juiz de considerar a regra jurídica como a norma que incidiu (isto é, que absolutamente governou a situação e deveria ter sido seguida), por outro, a sua função é a de apreciar provas de fatos. Essas provas ele as teria de colher onde as encontrasse, se fosse possível ao Estado proceder a inquéritos sobre todos os casos individuais. Não sendo possível, tem-se de deixar que as partes venham a juízo, peçam a aplicação da regra jurídica que incidiu e, para saber qual a regra a aplicar, aprecie o juiz o que uma e outra parte, ou todos os interessados, em contraditório, digam.

Essa necessidade de centrar a investigação, de se circunscrever o campo de indagação do juiz, encontrou a sua solução mais cômoda nos seguintes princípios: *a) O princípio da suscitação e do impulso processuais pelas partes,* sendo excepcional o impulso pelo juiz. *b) O princípio da imediatidade da atuação do juiz,* para que esteja em relação com as partes, com os auxiliares da justiça e com os dados materiais escritos ou orais, do processo, ouvindo as testemunhas e os peritos, vendo os documentos produzidos, lendo e escutando as manifestações das partes em tudo que pedem, alegam ou discutem, de modo que olhos e ouvidos apanhem a verdade dos fatos a que se alude. *c) O*

*princípio de concentração material e temporal do processo,* para que a demanda seja una e autônoma, inconfundível com as outras, um "feito", dentro de tempos marcados, com rito que lhe regule a duração, penalidades para quem excede prazos, etc. *d) O princípio de determinação do campo da prova,* que obriga o

juiz a não utilizar os fatos que precisam de demonstração (excluídos, pois, os notórios) quando só os conhece como pessoa privada, portanto fora dos autos, inclusive a admitir "como comprovado" o que a outra parte aceitou ou confessou. *e) O princípio do ônus da prova,* segundo o qual certa figura do processo, é que tem o cargo de provar, para que seja criada, sob pena de sucumbir no processo. Finalmente, para pararmos no que nos interessa aqui. *f) O princípio da apreciação livre da prova,* segundo o qual os meios e motivos de prova (salvo regra legal especial, de direito material ou formal) são todos, e não só alguns; pois não é exaustiva a lista das leis processuais, que apenas se referem às provas principais ou mais usadas, e não existe teoria legal da prova.

É um0 *princípio de incoação pelas partes* concerne à marcha do processo. dos três princípios de que a técnica legislativa pode lançar mão: *a)* o

de impulso ou incoação pelas partes; *b)* o de auto-impulso, pelo qual o processo mesmo, automaticamente (por força de lei), caminha; *c)* o de impulsão pelo juiz ou de oficio. O *princípio de impulso automático (Selbstbetrieb)* e o de *impulso judicial* são antitéticos ao de incoação pelas partes. De modo que o *Ne procedat iudex ex officio* preexclui a impulsão judicial, porém não a automática. Ainda mais: no regime de impulsão automática, o juiz deve tomar cuidado com a observância das regras jurídicas propulsivas.

No processo germânico, a incoação só pertencia às partes. A sorte de cada uma delas estava, a esse respeito, nas próprias mãos. Algo de jogo, a que o juiz assistia. Aliás, assim ocorria ao tempo da *legis actio* e do sistema formular romano. A tese lógica fora dada pela história. Aos poucos, a iniciativa de incoação pelo juiz aumentou, até que chegasse à antítese da incoação judicial, mas sem vencer a tese.

No processo romano-canônico, principalmente com a *Clementina Saepe*, caracterizou-se a impulsão judicial. No direito comum, ojuiz cuidava do prosseguimento, de modo que era como aguilhão das partes. Quando e onde o princípio da investigação judicial (inquisitivo) se instalou, o da impulsão judicial também se fez notar.

A tendência à Síntese tomou aspectos vários, como o do direito processual austríaco, o do alemão e o do brasileiro, sem falar do anglo-saxônio, de mais pura incoação pelas partes, e o do italiano, que mais o sacrifica.

No sistema da teoria legal da prova, que vigorou, por exemplo, no direito canônico, a lei fixava regras sobre quais as provas admissíveis, sobre o valor probante de cada meio probatório, sobre a quantidade mesma de 403

força probatória (prova plena, meia prova, começo de prova, etc.). A vantagem, que se encarecia, era a de saber a parte, ao ter de litigar, com que provas contava e como calcular o valor delas em relação ao adversário. Por outro lado, o juiz, feito arrolador de valores de provas, lavava as mãos como Pilatos. Cavava-se assim, muitas vezes, a separação entre a convicção do juiz e o que decidia. Ainda mais: a vida em sua exuberância e transformação, criava dificuldades insuperáveis, como a arrebentar esses guilhões medievalescos.

Ambos os princípios, o da apreciação livre da prova, que está no Código de Processo Civil, art. 131, *1a* parte *(verbis*

"apreciará livremente a prova"), e o da teoria legal da prova, com os seus tentáculos, se levados ao excesso, são maus; porém o da teoria legal da prova ainda é pior do que o mais amplo sistema de livre convicção. Aliás, eles correspondem a estruturas políticas, e a mistura dos dois, em contradição em vez de entrosagem, ou a prevalência de um em estruturas opostas, obedece, por vezes, a designios políticos. Nos regimes de pouca liberdade e de legislação que tenta limitar o poder dos reis e seus juizes, é natural que se arquitete teoria legal da prova, ou que os reis e seus juizes dela se valham para conter a classe, a que pertencem os juizes, nos seus surtos de justiça ampla. De regra, porém, ao mesmo tempo que cerceavam a liberdade lá fora, os reis queriam todo o poder aos seus juizes, e contra isso, durante alguns séculos, lutou o direito canônico, quando não desenvolviam os eclesiásticos o julgamento por eqUidade, as *Courts of Conscience* etc. Antes, nota 4) ao art. 127.

O inconveniente do principio da livre apreciação, sem limites claros, é ode aumentar enormemente a responsabilidade do juiz, ao mesmo tempo que abre a porta às impressões pessoais, às suas convicções de classe ou políticas, às suas tendências de clã ou de clube. Só em ambiente de liberdade de pensamento e de imprensa poderia dar bons resultados tal sistema, Porque então haveria a repercussão na opinião pública e a critica técnica depuradora.

O Código de Processo Civil de 1973, como o anterior apagou, e com razão, as valorizações ou pesos e medidas legais das provas, a que correspondiam as

distinções entre prova plenissima, plena relativa e meia prova, e máximas de diversa procedência, que escalonavam prova documental, prova testemunhal, prova de fatos antigos e prova de fatos novos. Salvo quando o direito material considera a forma como da substância do ato, já o juiz não está sujeito a essas peias. A admissibilidade do meio de prova, na espécie, é outra questão (art. 32); e não se pode negar que o art. 332

cortou, até certo ponto, o impulso de processualização da prova que o art. 131 dera ao novo direito. Aqueles pesos e medidas legais das provas são marcas medievais no processo, muitas vezes empecentes da atividade judicial no sentido de julgar, com a verdade das provas, o peso e a medida delas, que nem sempre coincidem com os das leis taxantes. Com isso o juiz se toma mais responsável e o critério que emprega se aproxima daquele que é usado pela ciência, nas suas pesquisas e nos seus métodos de persuasão. Ao mesmo tempo, democratiza o processo, tornando-o inteligível às massas e ao homem comum, a quem cabe apreciar a ação dos seus juizes. Não éverdade que a parte vencida nunca se convença: as partes por certo querem ganhar, pois que pelo menos o autor procurou a lide; mas querem também, perdendo, ser convencidas. Melhor seria que o Código de Processo Civil houvesse desbastado o medievalismo probatório existente no direito material, principalmente no civil e no obsoleto comercial, medievalismo que ele salvou, em grande parte, como o art. 332.

Perguntar-se-á se o art. 131 cancelou todas as máximas que sejam os livros de doutrina da prova e os repertórios de jurisprudência brasileira a respeito de pesos e medidas, dos meios e dos motivos de prova. Por exemplo, aquelas máximas que se extraem do digesto, L. 21, ~ 3, D., *de testibus,* 22, *5,* e seguindo as quais "Costumes e honestidade da vida, e não o número, nobreza, posição, riqueza, ou qualquer outra qualidade extrínseca, dão mais fé as testemunhas igualmente capazes e em condições de informar". "Mais valem as testemunhas que estavam mais perto e mais aptas a ver os fatos Os textos provieram do *Libro singulari de Testibus de* Aurelius Arcadius Charisius. Não são regras de direito processual sobre prova, são experiências da vida, com certo índice de probabilidade, que àquelas testemunhas confere o valor que se sabe lhes reconhecer a psicologia e a essas a situação física em que se achavam os outros tantos fatores biológicos. Os juizes devem abster-se de citá-las como regras jurídicas, perturbando a elaboração normal do direito e criando confusão na consciência jurídica do povo. Que o direito seja direito, e não literatura. Existem, além disso, muitas regras

que deixaram de ser jurídicas, depois do Código de Processo Civil de 1939 e depois de 1973, e cumpre extirpá-las dos livros para que não continuem, agora, a sustentar os andaimes de casa destruída: *e.g.*, "No conflito entre a prova testemunhal e a documental, prevalece essa" (Supremo Tribunal Federal, 2 de agosto de 1922, *R.S.T.F., 50,* 108; Tribunal de Justiça de São Paulo, *5* de junho de 1909, e 10 de julho de 1911, *S.P.J.*, 20, 183; 26, 349; Corte de Apelação do Distrito Federal, 10 de dezembro de 1932, *A.J., 25,* 28; Tribunal de Justiça de Santa Catarina, 26 de abril de 1929, *R.S.T. de Just.*, 2, 402); "No conflito entre a prova testemunhal e a pericial, prevalece essa" (Tribunal de Justiça de São Paulo, 3 de dezembro de 1908, *G.J.*, 49, 123; Tribunal da Relação de Minas Gerais, 4 de abril de 1923, *R.F.*, 41, 61; e Rio de Janeiro, 23 de julho de 1932, *B.J.*, 1, 240). O valor delas édependente de serem verdadeiras *in casu*, portanto perderam toda juridicidade. Algumas máximas que exprimiam experiências dos juizes, e não regras jurídicas, como enunciados de normas internas de convicção ao contacto com os fatos idênticos, essas conservam o valor experimental que tinham, tais como "No conflito de depoimentos de testemunhas, mais valor tem o que se ajusta a outros motivos probatórios" (Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, 29 de maio de 1931). "No conflito de depoimentos de testemunhas, pesa muito o haver entre as que afirmam um fato, uma, gozando de toda reputação, tendo razão para conhecer do fato" (Supremo Tribunal Federal, 15 de maio de 1922, *R. de D.*, 67, 512). O

próprio "O depoimento de uma só testemunha não faz prova" (Tribunal da Relação de Minas Gerais, de 12 de dezembro de 1882; Corte de Apelação do Distrito Federal, 21 de outubro de 1907 e 10 de junho de 1914) perdeu a extensão que tinha.

Como poder que no art. 130, *1a* parte se conferiu ao juiz, tem ele de apreciar a prova e ditar conclusões claras, não lhe sendo permitido "proferir decisões intermédias", ou por equidade, "à conta da dificuldade em chegar a resultado definitivo" (l~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 27 de abril de 1950, *R.F.*, 137, 148).

A prova oriunda de diligência ordenada segundo o art. 130, *1a* parte, é prova como qualquer outra.

*Livre convencimento* é o convencimento a que se chegou com todo o material de prova, sem que possa pesar convicção fundada em fatos e provas estranhos ao

processo (30 Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Justiça de São Paulo, 26 de maio de 1950, *R. dos T.*, 187,680), inclusive por intuição (4~ Câmara Cível do Tribunal do Distrito Federal, 2 de março de 1951, *D. daJ.*, de I9de abril de 1951).

2. Limites ao princípio do livre convencimento do juiz Para se obviar aos inconvenientes da livre apreciação pelo juiz (coeficiente pessoal desde o seu quadro psicobiológico até a dosagem da sua mentalidade política; não poderem as partes prever com exatidão o resultado que hão de obter as suas provas, e outros mais), a lei exige: *a)* que ojuiz fundamente o despacho, ao ordenar diligências que reputa necessárias à instrução do processo, e aquele em que indefere diligências que tem por inúteis ou manifestamente protelatórias (art. 1 30);'~<> *b)* que dê as razões do seu conhecimento, analisando as provas em que se baseou e porque lhes atribuiu o valor com que foram levadas em conta (arts. 131 *e 458,* Ile III); *c)* se bem que o art. 131 lhe confira atribuir valor probatório a provas que não foram alegadas pela parte, tais provas têm de ser constantes dos autos, de modo que o juiz julgue de acordo com a "prova dos autos", não se afastando, pois, dos princípios à nota 1).

A livre apreciação das provas é princípio imperativo, não suscetível de acordo, contrário ou diretivo, das partes (Rudolf Pollak, *System).* O juiz deve não se prender a uma só prova: não se precipitar a um valor probante; não se crer com arbítrio; aferir o valor de todas as provas em conjunto; restringir-se à cognição da relação jurídica, dos fatos, sem se preocupar com o que se está a provar noutro processo que se ligue ao que estuda, se as partes pactuaram não usar de alguma prova, ou somente usá-la parcialmente, ou usar de alguma, desatender de todo a esse pacto (Hermann Bayer), *Entscheidungsgrundlagen,* 260; Leo Rosenberg, *Die Beweislast,* 108; Franz Leonhard, *DieBeweislat,* 222). A livre apreciação não vai até às presunções legais, porque, essas se referem ao tema da prova, e não à sua estimação (RudolffPollak, *System, 655);* às regras legais que a restrijam, tais como as referentes à cognição incompleta nos processos executivos e cominatórios, ou nas medidas preventivas, ou quando a lei contém elementos que sirvam de diretiva (Hans Sperl, *Lehrbuch,* 1, 402; Hermann Bayer, *Entscheidungsgrundlagen,* 251); ao valor probante, quanto o tenha, do julgado criminal.

3.Princípio dispositivo Chama-se em teoria do direito processual *princípio dispositivo* aquele segundo o qual, entre outras vedações, o juiz não pode levar

em conta, na sua apreciação do feito, a qualquer momento, fatos que não foram alegados pelas partes, nem formar a sua convicção com os meios que, propostos pelos litigantes, não se produziram com observância das regras legais. O principio dispositivo é independente dos princípios, mencionados à nota 1), que obrigam a todo o material estar nos autos. O princípio dispositivo vai mais longe, porque exige que a parte tenha alegado o elemento de prova utilizado. Já o art. 130 pusera de parte esse princípio, que o art. 131 vem, agora, explicitamente solapar. Continua o princípio da constância da prova nos autos *(Quod non est in actis non est in mundo),* que se subsume nos de concentração material e temporal do processo e determinação dispositiva do campo da prova. Antes, nota 1). O princípio dispositiva sofria, nas legislações e na prática, certas limitações, como aquela que consistia em poder o juiz decidir "apreciando todas as circunstâncias do caso ; mas a exclusão dele, em todos os casos, nenhuma legislação ousou estatuir. Nem é verdade o que se diz, de ter sido adotada a fórmula austríaca, 272 e 273. Na Ordenação Processual Civil austríaca, o juiz, quando a lei não disponha de outra maneira, nem seja firme o contrário após acurado exame dos resultados das provas oferecidas e formadas , julga de acordo com a sua livre convicção de fato se deve ter, ou não, por verdadeira. Não se prescinde da apresentação, da dedução, da *Angabe* do fato. A apresentação, diz Rudolf Pollak *(System,* 485), é coisa das partes; a admissão e a apreciação é que são do juiz. Somente no caso de danos ou de interesses, ou de crédito, se o quanto oferece desproporcionada dificuldade no fixar-se, pode ojuiz ir além das provas oferecidas pela parte e determinar esse quanto, segundo o seu livre convencimento. Os arts. 130 e 131 abrem brecha decisiva na principiologia processual, considerados em conjunto, como também na prática. O que atua na vida não é cada principio de per si, mas o todo de princípios que incidem no caso. O art. 131 não teria a extensão que tem na lei de 1939 e na lei nova se o art. 130 não houvesse dado ao juiz produzir provas. Esse juiz encontra pequena e, em verdade, falsa barreira na exigência para as provas da constância dos fatos e circunstâncias nos autos *(verbis* "constantes dos autos"), porque, no sistema do Código de Processo Civil, *constância nos autos e produção pela parte* não se equivalem. O juiz também traz provas ao processo.

(Sempre distinguimos do principio de controvérsia, da *Verhhandlungsmaxime,* o principio dispositivo, *Dispositionsmaximac.* Na 7a ed., AdolfSchonke,Lehrbuch, 25, que não mais citou Wolfgang Bernhardt, que o fizera, admitiu que por vezes é preciso distingui-los. Naquele, há o dever de darem as partes os fatos e meios

de prova para a decisão da causa, ao passo que, nesse, se atribui às partes a determinação do objeto da demanda e do conteúdo do procedimento.)

Limitam o principio dispositivo: a) o dever judicial de interrogatório e esclarecimento (arts. 413 e 416); *b)* a acareabilidade do oficio (art. 418), bem como, na audiência, ou fora dela, a formulação de perguntas pelo juiz, a indicação de pontos controvertidos que não foram suficientemente discutidos, a indagação da ordem das ações cumuladas, de quem é parte ou assistente, a determinação do depoimento de parte ou das partes, ou de terceiro (art.

341); *c)* a atendibilidade dos fatos constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes (art. 131), e a determinabilidade de diligências necessárias à instrução do processo (art. 130).

De modo nenhum pode o juiz buscar fatos para o processo, embora possa provocar afirmações das partes; nem provocar afirmações das partes; nem provocar manifestações sobre objeções ou exceções não feitas. Não pode o juiz deixar de sentenciar, porém, se é obscuro o pedido, ou se é obscuro a defesa, tem ele o dever de procurar entendê-lo, ou entendê-la, antes de ter de repeli-lo como inepto, ou como inepta, ou de julgar improcedente a ação ou insatisfatória a defesa.

Fatos e circunstâncias constantes dos autos, mesmo se não foram alegados pelas partes *(e. g.*, na ação de paternidade, dentre os documentos produzidos está a de permanência da pessoa que se aponta como pai no estrangeiro durante um ano antes do nascimento do autor da ação), têm de ser atendidos pelo juiz. O que importa é que o fato ou a circunstância seja atinente ao pedido.

O depoimento das partes pode ser ordenado de oficio. Bem assim a perícia (art. 130), inclusive nova perícia (art. 436).

A exibição dos documentos é determinável de ofício.

O *dever de verdade,* que têm as partes, dá ao juiz poder de exclusão de enunciados, que as partes fizeram. Com isso, não se modifica o princípio dispositivo; mas é óbvio que há dois princípios que em certo ponto se cruzam.

Sempre que se dá ao juiz exame de ofício, ou inspeção pessoal,4’ como acontece

as ações sobre capacidade, legitimação à tutela ou curatela, natureza da ofensa física ou psíquica em suas consequências, de certo modo se limita o princípio dispositivo, sem que essa limitação importe dizer-se que há *tertius genus,* ao lado do princípio dispositivo e do princípio inquisitivo (cf. H. Von Weber, Die Pr~ifung von Amtswegen, *Zeitschríftfiir deutschen Zivilprozess,* 57, 91). A prova de oficio não é em virtude do princípio inquisitivo *(Untersuchungsgrundsatz),* nem do principio da verdade material *(Prinzip der materiellen Wahrrheit);* nem colide, sempre, com o principio dispositivo; a prova de ofício é meio de prova, que a lei considerara necessário ou resulta da indicação das partes, dispositivamente. O exame de oficio é meio de prova.

Quando se permite a inquisitoriedade, sim; ai, o principio dispositivo sofre corte: é o principio inquisitivo que entra na arena, devido a algum interesse público em espécie que a lei apontou (causas matrimoniais, de filiação, de interdição, procedimentos editais). O principio dispositivo também sofre limitação onde há intervenção do Ministério Público, como fiscal. Há corrente em prol do princípio inquisitivo. Posto que não seja verdadeira a opinião que vê no princípio dispositivo, princípio essencial ao processo

141 O art. 440 faz amplo o poder de inspeção do juiz, que pode exercê-lo de ofício, cem qualquer civil, nem a que descobre, no interesse da comunidade, a necessidade de que se observe o princípio dispositivo, têm-se de distinguir o *princípio de suscitamento pelas partes* (só as partes podem promover a formação da relação jurídica processual) e o *princípio de indicação e produção de provas.* Aquele deve ser conservado, de *lege ferenda*, como só excetuável nas espécies em que o interesse público vem à frente. Fora dai, se as partes fizeram o pedido e indicaram os pontos de fato, qual o sério empecilho a que se permite ao juiz procurar a verdade, a fim de diminuir os casos de discordância entre a incidência da regra jurídica, que é abstrata, e a aplicação? Em verdade, isso não é todo o princípio inquisitivo; é apenas o princípio da livre investigação no interior do pedido (cf. Hans Otto de Boor, *Die Aufldarung des Zivilprozesses*, 64 s.).

A Austria e o Brasil deram margem a incursões no terreno que antes se deixava à dispositividade. Se há referência, implícita ou explícita, a documento, o juiz pode ordenar a exibição. A perícia de ofício e a inspeção pessoal têm largo campo. O interrogatório e a acareação não precisam ter sido requeridos pelas partes. Há outras diligências que o juiz pode ordenar (art. 130). A audiência de terceiro, segundo o art. 341, põe o direito processual civil brasileiro bem

próximo do direito processual civil húngaro, pois as partes não podem opor-se a essa audiência (cf. Ordenação Processual Civil austríaca, § 1 83, II; Ordenação Processual Civil húngara de 1911, § 288).

4. Meios de prova de direito material Os chamados meios de prova de direito material escapam à regra jurídica do art.

131. A primeira conseqüência disso é que o art. 131 não ab-roga em derroga o direito privado ou o direito público quando esse ou aquele impõe certa forma (no mais largo sentido) como sendo essencial à substância do ato.

Tampouco, o art. 131 toma letra morta os efeitos legais de revelia e da confissão, porque só exames superficiais os põe no rol dos meios de prova: são meio de determinação da *verdade formal,* e regem-se pelo art. 349 e parágrafo único.

Se foi ação de execução de titulo extrajudicial, mas, nos embargos do devedor, não se alegou que tal título não tem, no direito brasileiro, tal característica (cf. art. 585, 1-Vil). A despeito do que se inseriu no art. 585, pode ser que o direito material afaste ou limite a executividade de algum título extrajudicial, e então se há de aplicar a lei que rege, sem ser preciso que se invoque o art. 131. No exame da força executiva do título, seja judicial ou seja extrajudicial, tem-se de atender a que o fato foi alegado pela parte. Trata-se de causa de pedir.

*5.* Motivação da decisão judicial A necessidade de motivação é indeclinável.’42 Cresce ela à medida que se dá ao juiz qualquer parcela, e mais, de livre apreciação. É preciso que, ao ter de ser reexaminado o despacho, ou a sentença, pelo mesmo juiz ou pelo tribunal (ou pelo ocupante posterior do mesmo juízo, nos casos em que o Código não pôde evitar, conforme o art. 132), o novo julgador possa tomar cada uma das premissas do proferidor da decisão, conferi-las e controlar premissas e conclusões.

6.Apreciação da prova e livre convencimento Na apreciação da prova é que o juiz é livre; e o art. 131 limita-se a isso.

O juiz só é livre, quanto a provas não requeridas pelas partes e não produzidas por ela, se as determinou, conforme o art. 130.

*Art. 132. “~ O juiz ‘), titular ou substituto, que iniciar a audiência, concluirá a*

*instrução julgando*

142

143 Vd. a nota 140.

O art. 132 vigora, hoje, acrescido de um parágrafo único, com a seguinte redação, dada pelo art. 10 da Lei n0 8.637, de 3 1.03.93: “O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência,julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor. Parágrafo único. Em qualquer hipótese, o juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas.”

Na nova redação, o art. 132, primitivamente já avaro na observância do princípio da identidade física do juiz, que o comentarista prefere chamar princípio da permanência subjetiva do juiz (pelo qual o juiz deve ser a mesma pessoa, do princípio ao fim do processo num mesmo grau dc jurisdição), ainda mais a afrouxa, considerando fatos da realidade brasileira.

O juiz, titular ou substituto, que iniciar a audiência, por acaso interrompida (art. 455). não fica obrigado a continuá-la, conquanto, logicamente, seja isso recomendável. A vinculação de que trata o artigo é do juiz que conclui a audiência, presidindo aos seus atos finais (art. 454). Este fica vinculado ao processo, obrigado a sentenciar (art. 456) e a julgar a lide, proferindo sentença de mérito (art. 269), nada obstando, contudo, a que o extinga, mediante sentença terminativa (art. 267), se verificar a impossibilidade de pronunciamento sobre o pedido do autor. Se, porém, o juiz que concluiu a audiência, for convocado (arts. 118 e 124 da Lei Complementar 00 35, de 14,03.79, com a redação do art. 10 da Lei Complementar 00 54, de 22.12.86) e, por isso, deixar o juízo (a convocação para tarefa específica, sem prejuízo das atividades funcionais *v.* g., presidir a um concurso, integrar comissão de correição não constitui motivo suficiente), ou licenciado, ou se se afastar por qualquer motivo (férias, remoção voluntária ou compulsória , disponibilidade), não bastando o afastamento episódico *(v.* g., deixou de comparecer pela imopossibilidade de transporte, ou outro contratempo do cotidiano), ou se for promovido ou se que-dar aposentado, voluntária ou compulsoriamente, passará o processo a quem o substituir (essa passagem se opera *ex lege,* independentemente de qualquer ato do juiz, cumprindo ao

serventuário fazer os autos conclusos a quem o suceder).

O juiz sucessor daquele cuja vinculação cessou por um dos motivos apontados, ainda que venha ocupar transitoriamente o juízo, proferirá a sentença. Antes de julgar, poderá, do modo mais amplo, conforme o parágrafo único, ordenar a repetição das provas já produzidas, não importa a natureza delas. Porque se toma juiz do processo, o sucessor não fica limitado, todavia, à repetição de prova já colhida, podendo valer-se do art. 130 porque precisa se instruir para decidir adequadamente.

*a lide, salvo se for transferido, promovido ou aposentado3)* 4); *casos em que passará os autos ao seu sucessor2). Ao recebê-los, o sucessor prosseguirá na audiência, mandando repetir, se entender necessário, as provas já produzidas5).*

1. Permanência subjetiva e objetiva do juiz Um dos princípios de técnica da organização judiciária e do processo é o da permanência subjetiva e objetiva do juiz. Em virtude da permanência objetiva, os juizes para determinada competência, por mais larga ou mais restrita que seja, são juizes duradouros, e não juizes para cada caso, ou para pequeno número de pessoas. A generalidade com que se concebera as regras jurídicas de competência permite que se organize a distribuição competencial, assegurando-se a determinadas pessoas o cargo de juiz, como agentes do Estado, órgãos permanentes, com maior ou menor independência, conforme o grau de evolução política do povo e o dever formal de obrar, em imediato contacto com os casos a decidir. Em virtude da permanência subjetiva, aforado qualquer pedido, as leis procuram evitar que a pessoa mesma do juiz se substitua, que a imediatidade se quebre, salvo quando o juiz se dê por impedido ou suspeito, ou porque entre em licença ou férias, ou, ainda por algum acidente relativo à cumulação ou ao desmembramento de processos. Como em tudo mais, o principio da permanência subjetiva do juízo pode ser mais ou menos limitado ou excetuado. Um dos males dos Códigos de Processo, anteriores à unificação imposta pela Constituição de 1934 e realizada pelo Código de Processo Civil, era o da mudança dejuízes, durante a fase probatória, ou nas vésperas da sentença, ou entre o despacho e o pedido de reconsideração, ou entre a sentença e os embargos, ou entre qualquer decisão agravável e a interposição do agravo, com a possibilidade de reforma. Tudo isso quebrava, inteiramente, a permanência subjetiva, que fora de exigir-se, quer pela sugestão mesma das necessidades de conhecimento imediato de feito, por parte do juiz que o iniciou, quer pela desvantagem da quebra do ritmo processual, ou

pela incerteza das partes quanto à unidade no curso do processo.

A violação da regra do art. 132 (isto é, a prolação da sentença, por juiz diverso do que concluiu a audiência. sem que o concludente incorresse nas hipóteses indicadas no dispositivo) toma nulo oato, pela incompetência funcional absoluta do sentenciante.

O confronto entre o primitivo texto do artigo e o atual mostra, só por si, que os comentários de Pontes de Miranda não se desatualizaram. Por isso, a eles se remete o leitor, porque podem ser muito bem aproveitados, com as necessárias adaptações .

O texto do Código de 1973, art. 132, é, acertadamente, muito diferente do texto do Código de 1939, art. 120. Antes, o juiz transferido, promovido ou aposentado, teria de concluir o julgamento dos processos cuja instrução houvesse iniciado em audiência, salvo se o fundamento da aposentadoria tivesse sido por absoluta incapacidade fisica ou moral para o exercício do cargo. O Código de 1973, art. 132, retirou o dever de concluir a instrução, sempre que se trate de transferência, promoção ou aposentadoria.

O *princípio de permanência subjetiva do juiz* é servido pela identidade da pessoa do juiz, se bem que essa identidade não basta para lhe exaurir o conteúdo. Aqui, só nos interessa o aspecto da identidade da pessoa do juiz. O legislador figurou as três hipóteses: transferência, promoção e aposentadoria do juiz. Não tratou dos casos de morte e de moléstias graves, também nada se disse sobre a licença. Transferido, promovido, ou aposentado, o juiz tinha de concluir o julgamento dos processos cuja instrução tivesse sido iniciada em audiência, para que se não rompesse a permanência subjetiva quando o juiz já houvesse ouvido as testemunhas e as partes, bem como já conhecera o resultado das pericias. O mesmo fundamento inspirou ao legislador de 1929 as regras jurídicas do Código de 1939, art. 39, § l’~, no qual se estatuía que o juiz somente pode entrar em gozo de férias depois que houver julgado todas as causas cuja instrução dirigiu. Do art. 39, § 20, em que se mandava ao substituto do juiz, que ia entrar em gozo de férias, com antecedência de quinze dias, qualquer processo cuja instrução se não iniciou em audiência, e do art. 120, segunda alínea, em que o “substituto” do juiz transferido, ou promovido, ou aposentado, continuaria competente para julgar o processo, cuja instrução iniciara em audiência, ainda depois de haver reassumido o exercício do juiz efetivo.

Assim, não se quebravam, ou só se quebram no mínimo, a imediatidade e a direção formal e material do processo.

Muito diferente é o que passa hoje com a incidência do art. 132 do Código de 1973. O juiz, titular ou substituto, que inicia a audiência, conclui a instrução, e julga a causa. Não se falou dos casos. Entendamos: licença, férias ou doença.

Se houver transferência, ou promoção ou aposentadoria, não; porque o art. 132 foi explícito: “salvo se for transferido, promovido, ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor”. Por onde se vê que tomou outro caminho.

Transferido, promovido, ou aposentado, o juiz deixou de ser competente. No caso de promoção, pode ocorrer que ele fosse, no momento, substituto, e promovido ao cargo em que estava o substituído.

O fato de haver iniciado a instrução é que liga o juiz à causa, e não o ter proferido o despacho saneador (1~ Turma do Supremo Tribunal Federal, 28 de novembro de 1949, *R. F.* 130, 100).

O art. 132 incide em se tratando de Justiça do Trabalho (2~ Turma, 18 de julho de 1950, *D. da J.*, de 27 de maio de 1952), salvo nas juntas de conciliação e julgamento, devido às substituições bienais (2~ Turma, 13 e 24 de julho de 1951; Tribunal Superior do Trabalho, 9 de julho de 1952).

~.O art. 132 não se referiu ao juiz em disponibilidade; nem devia referir-se: o ato de pôr em disponibilidade é o ato de afastamento por extinção do cargo. A disponibilidade de juizes, fora dessa espécie, é abertamente contrária à Constituição, e andam mal os tribunais que se referem a tais disponibilidade *(e. g.*, Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará,3 de setembro de 1951, *J. e D.*, IV, 98 e *R. F.*, 149, 331).

2. Substituição Ou a substituição se deu por transferência, promoção, ou aposentadoria, caso em que não mais lhe incumbe prosseguir, mesmo se funcionou na instrução; ou se deu em virtude dos impedimentos ou em virtude de suspeição e então o efetivo receberá o processo e mandará repetir as provas produzidas, quando entender necessário.

Para o caso de licença, adiante, nota 4).

3. Morte do juiz No caso de morte, o substituto recebe os processos no estado em que se acham. Seria difícil enumerarmos todas as espécies, em que fosse conveniente se repetirem as provas oralmente já produzidas perante o juiz anterior, ou em que fora acertado prosseguir no feito, sem mais delongas. O Código de Processo Civil deixou aberta a possibilidade da repetição, quando necessário. O poder do juiz, ao determinar de ofício, ou a requerimento das partes, é o mesmo que ele tem no art. 130, onde também lhe cabe motivar a inutilidade de diligências requeridas e a "necessidade" *(verbo* necessárias). A regra jurídica do art. 132 não fala na motivação. Resulta, porém, do conceito de necessariamente: não se disse "quando achar conveniente" e sim "se entender necessário".

4.Moléstia e impossibilitação de julgar; férias e licenças A moléstia, ou impossibilita o juiz de julgar a causa, e impossibilita-o para sempre, como se tem de ser aposentado, ou só o impossibilita para tempo que prejudicaria às partes e ao serviço público esperá-lo, ou apenas exige repouso do juiz, ou tratamento, sem que seja urgente a cessão do trabalho judicial. Nas duas primeiras hipóteses, o substituto mandará repetir as provas que foram produzidas, quando necessário; *e.g.*, no caso de aposentação por incapacidade física ou moral do juiz para o exercício do cargo.

Na última hipótese, corre ao julgador licenciado por moléstia concluir o julgamento dos processos cuja instrução iniciara em audiência.

Resta a licença para o juiz tratar de interesses. O caso entra hoje no art. 132, ia parte. Se o juiz da primeira instância pediu licença, pendente o julgamento de alguma causa cuja instrução dirigia, tem de julgá-la antes de entrar em licença. O substituto receberá. Nem haveria outra solução, porque o foro não pára.

No Código de 1973 não se falou do falecimento, ou da moléstia; não se referiu ao pedido de férias, nem à licença. A respeito das férias, que não são por fechamento do foro, e a licença, que não foi por moléstia que impossibilite o julgamento da causa, o juiz tem de obedecer, em primeiro lugar, às exigências do serviço.

Se o juiz não julga os feitos, entrando em licença, ou férias pedidas, pode dar-se que se hajam de repetir as provas, mas a responsabilidade cabe a quem deferiu as férias ou ao juiz que deixou processos pendentes. Sem razão, as conclusões

vacilantes do Conselho de Justiça do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a 10 de outubro de 1950 *(D.*

*da J.* de 28 de julho de 1951).

No caso de se dar por suspeito o juiz que estava ligado ao processo, têm de ser repetidas as provas. Não é facultativo, como pareceu à 6a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 24 de novembro de 1950 *(R. dos T.,* 190, 872).

5. Interpretação do art. 132m44 Para bem se guiarem a interpretação e a aplicação do art. 132, cumpre que se atenda: *(a)* a não ser ligada a regra jurídica à perpetuação da jurisdição *(perpetuatio iurisdictionis):* tampouco *(b)* ao fato mais geral e causa desse, que é litispendência. Dai ser imperativo e de interpretação estrita (taxativo) o art. 132. Nenhuma outra consideração pode permitir que um juiz objetivamente incompetente seja o julgador da demanda, pelo princípio da permanência subjetiva. O principio da permanência subjetiva somente vale quando resulta de lei. Nas instâncias superiores, é por princípio de economia que se salva o "visto", ou se julga com qualquer dos "vistos" que haja.

A repetição é conforme entenda necessário o juiz. Se a repetição foi supérflua, ou se as circunstâncias não mais permitiam a exatidão e acatabilidade da prova, ~, qual a atitude que pode ter a parte? A parte interessada pode alegar que o juiz não devia nem podia repetir o que fora feito. Cabe o agravo de instrumento. Todavia, a alegação terá de ser apreciada pelo juiz que proferira a sentença ou pelo juízo recursal.

*Art. 133. Responderá por pordas e danos') o juiz, quando:*

*1no exercício de suasfunções, proceder com dolo ou fraude 2);*

*11 recusar, omitir ou retardar 3), sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.*

*Parágrafo único. Reputar-se-ão verWcadas as hipóteses previstas no número 11 só depois que a parte, por intermédio do escrivão* 4)*, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de dez (10) dias.'45*

1. Responsabilidade civil do juiz Assunto extremamente delicado, como é o da responsabilidade civil dos juizes, dele evitou tratar o Código Civil de 1916, sem que tal omissão de princípio geral (regras jurídicas especiais, o Código Civil as tem) importasse a irresponsabilidade civil dos juizes. Naturalmente, havendo a condenação criminal do juiz, seria decorrente dela o ser responsável no plano civil. Porém, nem toda responsabilidade civil supõe criminalidade.

*De legeferenda,* tratando-se de funcionário que tem o dever formal de obrar sem possibilidade de conciliação dos interesses, portanto tendo de dizer sim a um e não a outro, miudear os casos em que há de responder pelo dano civil sempre constituiu problema árduo. De um lado, está a necessidade da independência, da liberdade e da livre convicção do juiz; do outro lado, o ter-se de responder até onde e desde onde tem o juiz de ressarcir o dano causado.

Se atendemos a que não existe, em nenhum país, jurisprudência fixa, intangível, intransformável, que pudesse servir de estalão para se verificarem os erros e os acertos dos juizes quanto ao direito, fácil é compreendermos que tal ponto esteja excluído, para, de si so, determinar o delito civil. Menos ainda seria critério adotável o do erro judiciário em matéria de fato, ou a reforma das decisões, pois nem sempre, quando a época se distancia, as que foram reformadas se nos apresentam isentas desses erros; menos ainda, erradas, as que foram reformadas. Basta ler-se a crítica sobposta aos acórdãos e às sentenças nas revistas e comen



Com ligeiras e irrelevantes alterações de palavras, o art. 49 da Lei Complementar n0 35, de 14.03.79(Lei Orgânica da Magistratura Nacional) repete o art. 133 do CPC. Todavia, este artigo não ficou revogado por aquele, de maior hierarquia, mas foi por ele recebido.

tários, para se ter o panorama da relatividade dos julgamentos humanos, ainda quando se trate de pequenos interesses levados a juízo. Volve-se, assim, ao ponto de partida; à velha noção do dolo e da fraude. No fundo, o direito processual, sem o confessar, fracassa nos seus intuitos de resolver o problema, fora do direito civil. Se alguns legisladores se conformaram com esse fracasso, com esse *non possumus,* alguns tentaram solvê-lo. Os processualistas italianos do Projeto definitivo (art. 43) redigiram texto para ser transformado em princípio de responsabilidade civil do juiz. O Código de Processo Civil brasileiro de 1939 aí

bebeu a sua inspiração.

No Código de 1973,o art. 133 tem a explicitude de 1939, com mudança de redação.

2.Dolo ou fraude do juiz nas funções No exercício das suas funções, se o juiz incorre em dolo ou fraude, noções de direito comum, principalmente civil, responde civilmente pelo dano, sendo em tudo mais aplicável o Código Civil.

Nenhuma inovação foi feita. Outra não era a doutrina anterior.

Sempre que ojuiz pratica atos lesivos com *dolosidade,* responde pelos danos causados, seja ele de primeira ou de qualquer instância. Não importa se, em tribunal, outros acompanharam o seu voto, ou se a decisão foi confirmada, ou se não foi o relator, posto que, em tais circunstâncias, seja mais difícil alegar-se e provar-se o dolo, ou a lesão.

Exemplos de responsabilidade: o juiz fundou o julgamento na afirmação de que uma das escrituras públicas continha a cláusula de retrovenda, mas ele *sabia* que a escritura pública era falsa: a deliberação, em resumo, mesmo unânime, pode ter sido por juizes que Ignoravam a falsidade. Ai, caberia a *ação rescisória,* e a ação de indenização somente seria proponível contra os juizes que tivessem votado dolosamente. Alude-se também à *fraude.* A expressão não é feliz, pois fraude já supõe dolo. O que se teve por fito foi mencionar-se qualquer ato ilícito que possa ser estelionato, defraudação de texto ou de objeto *(e.g.*, o juiz substitui o objeto que foi apreendido como roubado ou furtado), destruição de documento ou prova, receptação prevista em lei penal como cnme.

O Código de 1973, como o de 1939, fala de dolo ou fraude. Dolo é menos do que fraude; há atos dolosos que não são fraudulentos (com razão Ugo Rocco, *Tratatto di Diritto Processuale Civile*, II, 2~ ed., 31).

No recurso extraordinário n0 15.755, de 27 de junho de 1950 *(D. da J.*, de 2 de abril de 1952), disse o Ministro Orosimbo Nonato, relator, em voto adotado pelo Supremo Tribunal Federal: “Observa Pontes de Miranda que o Código Civil não versou o assunto, que é “extremamente delicado”,

jsem que essa omissão de principio geral importasse irresponsabilidade

dosmagistrados. Não sendo possível assentara responsabilidade dos juizes na incidência de erro de fato, ou de direito, ninguém, de resto, detém a pedra1ígi~i da verdade e possui o dom divino de inerrância , não há, no assunto,como observa Pontes de Miranda, senão volver à velha noção de dolo e defrude *(Comentários ao Código de Processo Civil,* 1, 488)". No sentido doque escrevemos, a 2a Turma do Supremo Tribunal Federal, a 27 de junho de 1950 (D. da J., de2de abril de 1952).

3.Recusa, omissão e retardamento de diligência Novidade do direito processual brasileiro foi e é a de ser o juiz condenado a civilmente responder pelos danos quando, "sem justo motivo", recusar, omitir ou retardar providências que deve ordenar de ofício, ou a requerimento da parte. Já dissemos que o Código de Processo Civil de 1939

estendeu, como nenhum outro, o poder dispensatório ou produtivo de provas atribuído ao juiz. Outrossim, é patente como levou o mesmo critério a outras providências, que nada têm com os meios probatórios. Algumas vezes, assim acontece no art. 130, que excetua para isso todo o direito do mundo civilizado. No entanto, esse juiz, a que tanta atuação se reconheceu, a que se concedeu tanta força e a que se confiou tanta iniciativa, está exposto às mesmas inquirições que lhe foram confiadas. Na própria Itália, onde o artigo ficou no projeto definitivo, os juristas reconheciam que ficaria letra morta. Não é essa, porém, a grande desvantagem do art. 133, II. Pelo simples fato de recusar, de omitir, ou de retardar providência, expõe-se o juiz a ser chamado ajuizo para se verificar, adiante do público com todas as paixões que cercam os juizes, concentrando-se sobre ele, desgraçadamente com especialidade os juizes inacessíveis aos poderosos e às amizades se houve "justo motivo". Não se indaga da sua culpa grave, ou do seu dolo, ou da sua fraude. Toma-se o juiz, como a qualquer um, para constituir advogado, e ir defender-se de uma providência que o Código mesmo deixou à sua livre apreciação, tanto que lho permitiu ordenar de ofício. À nota 4) analisaremos a segunda alínea do art. 43 do Projeto definitivo italiano, de onde veio o art. 133, parágrafo único, que se pusera no art. 121, 2~ alínea, do Código de 1939.

Nas espécies do art. 133, II, de modo nenhum se exige que tenha havido dolo, *afortiori* fraude, que são assunto do art.

133, 1. Basta a culpa, que se caracteriza com a omissão do juiz se não atende à

notificação (dita “requerimento”) 4.Notificação ao juiz O Código de 1939 adotou a segunda alínea do art. 43 do Projeto definitivo italiano. De certo tempo a esta parte,operou-se em alguns países a transformação econômica dos *escrivães e tabeliáes* em pessoas de classe economicamente superior ao juiz. O fato, em suas raízes sociológicas, é um dos mais interessantes desde que se iniciou a dispersão e conseqüente enfraquecimento das famílias da nobreza ou das classes dirigentes. Não podendo acompanhar a eficiência das vocações industriais, que desde o fim do século XVIII, mas principalmente desde o começo do século XIX, passaram à primeira plana, através de esforços, de riscos e de aplicações da ciência, nem sempre toleradas pela mentalidade retrógrada dos governantes, os elementos dispersos e enfraquecidos procuraram invadir os cargos do Estado, que pudessem ser transformados em sustentáculos do seu anterior prestigio. Em alguns países, foi a Justiça. Onde esses detritos de classe não tinham cultura suficiente, ou lhes faltava a honesta dignidade para aspirar à vida trabalhosa, e sem grandes meios pecuniários, do juiz, dependuraram-se nos cargos de serventuários dajustiça e de tabeliáes. A França foi o exemplo daquela tendência; a Itália, Portugal e o Brasil, da outra. Como sempre, esse açambarcamento de postos rendosos, economicamente criticável, não foi sem conseqUências morais e políticas. Assistiu-se ao intercâmbio entre cargos de serventuários de justiça e cargos políticos, reciprocamente.

No art. 133, parágrafo único, diz-se que a parte tem de requerer ao juiz, em se tratando da responsabilidade segundo o art. 133, II, por intermédio do escrivão, que determine a providência, e, não atendido o pedido dentro de dez dias, se reputam verificadas as hipóteses previstas no art. 133, II. Há, aí, rigorosamente, notificação (arts. 867 e 873).

Supõe a lei que possa o juiz, dentro do prazo de dez dias, contados do *requerimento* ao próprio juiz, que é feito por intermédio do escrivão, em que se aponte causa de responsabilidade do juiz, conforme o art. 133, 1 e II, atender no que se requereu. Se o juiz podia corrigir o que cometera e o corrige, cessa a responsabilidade civil (pode ser que persista a responsabilidade criminal). Se não podia corrigir, ou se o podia e não corrigiu, tem-se por verificada a responsabilidade. O passo a ser dado é levar-se o caso ao juízo competente para a condenação (outro passo é o do processo penal).

*5.* Responsabilidade do Estado e responsabilidade do juiz A responsabilidade do Estado pode existir ainda que não exista a responsabilidade do juiz. O Estado

responde pelo fato da lesão ao direito, por parte dos funcionários públicos, ainda que não tenha havido culpa desses; a ação regressiva do Estado é que depende da culpa do funcionário público.

O assunto é estranho ao direito processual. Veja *Comentários à Constituição* á *de 1967, com a Emenda n0* J146 (Tomo III, 543- 547) e *Tratado de Direito Privado,* 1, ~§ 711,5,78,1,82,9,86,8,96, 1,96,98,2 e 99, V, § 619,7, VI, *§ 711, 1 e 716,2, VII, § 805,5 e XI, §§ 1.225,8, e 1.263.

A segunda alínea do art. 43 do Projeto definitivo italiano refletiu, conturbando os princípios de organização judiciária e disciplinar, aquela hipertrofia do cargo de auxiliar da justiça. O projeto permitiu nada menos que, ao recusar, omitir ou retardar alguma providência, sem justo motivo, seja o juiz condenado a responder civilmente, e acrescentou que o juiz haveria de ser notificado "amezzo di ufficiale giudiziario presso la cancelleria dell'ufficio a cui il giudice ê addetto". Quer isso dizer: notificado pela parte, por intermédio do escrivão. E o Projeto vinha de comissões embebidas dos ideais de hierarquia. Hierarquia entenda-se para o grupo dominante.

O Código de 1973 não foi até aí, quanto ao uso da palavra "notificação", e, em vez de falar de notificação (Código de 1939, art. 121), falou apenas de requerimento ao juiz. O resto ficou à legislação comum (arts. 867 e 873).

Responsabilidade só se faz efetiva se há remédios jurídicos prontos e se a aplicação da lei não fica à mercê de interpretações tendenciosas. A impunidade, havendo leis, é mais grave do que a impunidade por se não terem leis. O

valor dos povos mede-se pelo valor intrínseco das suas leis e pela segurança de serem aplicadas em toda a sua extensão.

Para não atender ao pedido e afastar a incidência do art. 133, parágrafo único, precisa o juiz apontar motivo justo para a recusa, omissão ou retardamento. Se invoca regra jurídica para a sua atitude, trata-se de assunto para exame posterior por ocasião de algum recurso. Se decorreu o prazo, mesmo sem que o juiz houvesse expressamente manifestado não ter culpa, na ação de responsabilidade civil, que não se processou incidentemente, mas sim independentemente, é que pode ser julgado, preliminarmente, se a espécie do art. 133, II, ocorreu, salvo se já fora objeto de recurso.

Seção II

Dos Impedimentos e da Suspeição’)

1. Impedimento e suspeição Posto que sistemas jurídicos encambulhem os dois conceitos, ser *impedido* não é o mesmo que ser *suspeito.*

146 Vd. o art. 37, ~ 6~. da Const. 88.

Quem está sob suspeição está em situação de dúvida de outrem quanto ao seu bom procedimento. Quem está impedido está fora de dúvida, pela enorme probabilidade de ter influência maléfica para a sua função. Olha-se, em caso de suspeição, para baixo, para se ver o *suspectus* e poder-se averiguar.

Quanto aos impedimentos, o legislador a técnica legislativa enuncia o que já é suficiente para se pôr trave nos pés de alguém. Tal o étimo de *impedire.*

Foi acertado que o Código de 1973 evitasse a confusão. Tratou ele, separadamente, das espécies de impedimentos judiciais (arts. 134 e parágrafo único, e 136) e das espécies de suspeição (art. 135).

O Código de 1973 distingue os casos de impedimento e os casos de suspeição. Com razão, porque, se ocorreu impedimento, com a própria coisa julgada da sentença, pode haver a ação rescisória, tal como se passa com a sentença proferida pelo juiz absolutamente incompetente (art. 485, II). Em se tratando de suspeição, como de impedimento, há exceção, mas, se o juiz não admite ser suspeito e não ocorre a exceção de suspeição, há a validade dos atos. Tudo tinha de acontecer como se prevê nos arts. 312 e 313. Embora as duas regras jurídicas se refiram a impedimento e suspeição, o tratamento eficacial é diferente se não foi dado como impedido juiz que o era *A res judicata,* mesmo se foi explícita a repulsa do juiz ou tribunal ao impedimento, rescindibilidade pode haver.

A pretensão à exceção de impedimento, como as outras exceções há de ser exercida no prazo de quinze dias, contado do fato que ocasionou impedimento (art. 395>. Mas, enquanto, a respeito da exceção de incompetência relativa (art.

112) ou da suspeição (art. 135), não mais se pode pensar em exceções após a extinção do prazo, isso não se há de invocar quanto a exceção de impedimento (art. 134).

Temos de admitir que a qualquer momento, mesmo se expirado o prazo do art. 305, porque há a atacabilidade da sentença pela ação rescisória (art. 485,11). Apesar de se haver concebido como exceção, a sorte é a mesma da alegação de incompetência absoluta, que pode ser assunto da ação rescisória (art. 485, II).

*Art. /34. É defeso ao juiz exercer as suas*

*funções no processo contencioso ou voluntário:*

*1 de que for parte');*

*II em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha* 2)

*III que conheceu em primeiro grau dejurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão3); IV quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau4); V quando cônjuge, parente, consangUíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau5);*

*VI quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa~).*

*Parágrafo único. No caso do número IV, o impedimento só se verifica quando o advogado já estava exercendo o patrocínio da causa; é, porém, vedado ao advogado pleitear no processo, afim de criar o impedimento do juiz* 7)~

1. Juiz e parte na ação O item 1 do art. 134 prescinde de análise. Nunca se poderia admitir que a relação jurídica processual fosse entre A e A (juiz) ou entre A (juiz) e B.

2.Funções anteriores no processo Se a pessoa, que é o juiz do feito, antes nele interviera como procurador de alguma das partes, ou como simples assistente, ou funcionou como perito, ou membro do Ministério Público, ou prestou depoimento testemunhal, está impedida de figurar como juiz.

O art. 134, II, fala de quem interveio como mandatário (entenda-se: como

procurador), e não como advogado. Ao advogado refere-se o art. 134, IV. Assim, se quem éjuiz foi procurador do autor, ou do réu, e substabeleceu os poderes ao advogado que funcionou ou funciona no processo, não se pode admitir que não haja impedimento.

3.Função judicial anterior, no processo Se numa jurisdição inferior o juiz da jurisdição de grau mais alto (recurso, ação rescisória) decidira no processo ou julgara a final não pode ser juiz na superior instância. Assim, os juizes que deram decisão de que se interpôs recurso extraordinário, não podem, tendo sido nomeados para o Supremo Tribunal Federal, conhecer do remédio jurídico recursal. Não assim se a questão, que é objeto de recurso extraordinário, nada tem com a decisão ou as decisões que proferira. Entende-se o mesmo quanto aos outros recursos e à ação rescisória.

4. Cônjuge’47 ou par ente advogado A lei fala apenas de advogado que postula na causa. O Código de 1939, art. 185, 1, falara de “procuradores . Há procuradores que funcionam na causa. Cf. código de 1973, art. 134, IV. Se a pessoa que seria o advogado, talvez chefe de escritório, ou de escritório-matriz, substabelece a procuração advocaticia, í.como se há de resolver a questão? Temos de perseverar na interpretação que demos ao art. 185, 1, do Código de 1939 *(Comentários,* Tomo III, 2~ ed., 1554 s.).

-Se a procuração com que se habilitou no processo o advogado não partiu do autor, ou do réu, mas da pessoa, que hoje é cônjuge do juiz, ou seu parente conforme o art. 134,1V, e era procuradora do autor ou do réu, tem-se de reputar suspeito ojuiz. Frisemos: a despeito de não se falar de procurador, mas sim de advogado. Quem substabelece estabelece. *Aliter,* se quem era procurador não substabeleceu, e apenas foi substituído pela pessoa que hoje é o advogado no feito. No art. 134, II, a referência é à pessoa do próprio juiz, de modo que não surge problema, pois lá se emprega a palavra "mandatário".

*5.* Parentesco com alguma das partes No art. 134, V, o Código faz impedido o juiz se ele é cônjuge, parente consanguíneo ou afim de alguma das partes, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, De começo, admitamos que no Código de 1973, como no de 1939, faltou a explícita alusão ao parentesco adotivo. Seria absurdo que se permitisse ser juiz na causa de pessoa adotada, ou adotante, quem adotou ou foi adotado, ou mesmo qualquer descendente do adotado. Nenhuma distinção se há de fazer entre o parentesco civil e o natural (reconhecido). A adoção é só entre o adotante e o adotado e os descendentes desse. A lei desconhece o parentesco espiritual, oriundo de vinculo religioso (padrinho, madrinha, afilhado, compadres), posto que possa ser apreciado como matéria de fato, indicial, no julgamento do grau de amizade (art. 135, 1), da suspeição.

Se o juiz é cônjuge de alguma das partes, está impedido, mesmo se o impedimento ocorre por ter havido sucessão hereditária ou convencional na



Principalmcnte depois do reconhecimento da união estável pela Const. 88 (art. 226, § 30), e dos benefícios que lhe dá a Lei n0 8.971, de 29.12.94, o concubino se equipara a cônjuge para efeitos da determinação do impedimento ou da suspeição do juiz, inclusive no tocante aos parentes daquele que, analogicamente, se devem reputar como afins deste, no âmbito dos arts. 134 e 135.

relação jurídica *(e.g.,* o cônjuge do juiz recebeu como legado ou herança o objeto da ação). Se, ao tempo de passar a ação à cognição do juiz *(afortiori,* ao tempo da propositura), já estavam divorciados os cônjuges, não há impedimento. O que se há de exigir é o trânsito em julgado da sentença.

À afinidade refere-se o art. 134, IV, e V, de modo que temos de pensar em que o divórcio retira o parentesco afim. A afinidade cria-se com a união sexual e com a extinção dela desaparece. Há parentesco afim legítimo e ilegítimo, mas havemos de interpretar o art. 134, IV e V, como só relativo ao parentesco afim legitimo.

No Código Civil há o art. 335 onde se lê: “A afinidade na linha reta, não se extingue com a dissolução do casamento, que a originou”. Essa regra jurídica, que foi objeto de dissertação no *Tratado de Direito Privado,* Tomo IX, § 949, 6, limita-se ao direito privado. O elemento moral foi que levou a isso, porém, mesmo com o divórcio, não se pode reputar atingido o art. 335 do Código Civil. No plano do direito processual, o divórcio apaga a afinidade a que se reporta o art. 135, IV e V.

Se o juiz é parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, até o terceiro grau (art. 134, V), de alguém ou, órgão da pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, é impedido; bem assim se o é do representante legal, ou voluntário, ou de quem tenha de assistir em juízo a alguma das partes. Se a causa do impedimento desaparece, não volta o juiz ao processo (l~ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 1 8 de março de 1946, *R.F.,* 108, 321).

Se o juiz foi impedido, conforme o art. 134, IV e V, mas as partes não sabiam ou uma das partes não sabia da existência da causa, nem o juiz *(e.g.,* ignorava, como o seu cônjuge, que o advogado era parente afim na linha colateral até o segundo grau; ignorava ojuiz que o advogado era seu parente, na linha colateral, até o terceiro grau), não se pode afastar a ação rescisória da sentença, pois que se estaria a buscar elemento subjetivo a que a lei não alude.

6.Juiz órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica parte na causa No art. 134, VI, proibe-se ser juiz da causa quem é órgão de direção ou administração de pessoa jurídica parte na causa. Aqui se trata do juiz que é órgão de direção ou administração de pessoa jurídica. Não se exige como pressuposto para o impedimento que seja órgão que *presente,* como presidente ou vice-presidente, a pessoa jurídica, quer de direito público, quer de direito privado.

Basta que seja órgão para determinadas direções ou administrações externas ou internas. Na nota anterior, interpretamos por analogia o art. 134, V, porque não seria de admitir-se que pudesse funcionar num processo, como juiz, por exemplo, o cônjuge do presidente da empresa autora ou da empresa ré, ou

interveniente.

7. Entrada do advogado no processo Somente há impedimento do juiz se o advogado já estava no processo quando o juiz se inseriu na relação jurídica processual, o que seria contra a lei (art. 134, IV). Tal inserção foi ilegal. Se na relação jurídica processual já estava o juiz quando o advogado se apresentou para sua função, ilegal é a atitude do advogado, criaria impedimento do juiz. Se isso fosse permitido, qualquer parte que tivesse interesse em afastar o juiz empregaria uma das causas de impedimento que o art. 134, IV, apontou. Por isso, por exemplo, se algum advogado se casa com parente consanguíneo, até o segundo grau, ou filho ou neto, com filho adotivo do juiz, ou com o pai do juiz, não pode pleitear no processo. Cabe ao juiz, em despacho, ordenar que a parte outorgue poderes advocatícios a outra pessoa.

Temos uma questão: proposta a ação, cuja petição inicial o juiz despachou, ou em cujo processo, por substituição, passou a funcionar ojuiz, e advém procuração ao cônjuge do juiz, ou a qualquer parente dele, consanguineo ou afim, em linha reta, ou na linha colateral, até o segundo grau, j,como se há de resolver o problema? A resposta somente pode ser uma: tal advogado não pode funcionar no processo. Vedado está, implicitamente, o ingresso.

O art. 134, IV, não incide se já transitou em julgado a sentença do divórcio. O divorciado pode ingressar nas ações em que o seu ex-cônjuge é o juiz, como pode o ex-cônjuge, juiz, vir a substituir outro juiz em cuja ação era advogado o ex-cônjuge.

Se, quando o juiz tem de despachar a petição inicial, ou depois, ainda não é advogado nos autos a pessoa, mas já tinha antes a procuração e apenas outra pessoa funcionou, não há impedimento: o advogado que figurou nao foi óbice, nem o é; apenas o outro não pode entrar. Todavia, se o advogado, que já lá estava, e o outro, que causaria o impedimento, são sócios, ou o escritório é o mesmo, com liames entre eles, pode ser alegado e provado o impedimento, sem se afastar a possibilidade da ação rescisória.

*Art. 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando: 1 amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes');*

*II alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de*

*parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau* 2);

*III herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes* 3); *IV receber dádivas antes ou depois de miciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio4);*

*V interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes5).*

*Parágrafo único. Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo6).*

1. Amizade íntima e inimizade capital A amizade intima ou a inimizade capital entre juiz e parte; não entre juiz e procurador ou advogado de qualquer das partes. Íntima diz-se a amizade quando há laços afetivos, notórios ou não, mas verificáveis por fatos de estreita solidariedade, que possam influir no julgamento pela determinação psicológica, consciente ou não. Também a inimizade capital supõe o elemento afetivo de hostilidade a ponto de perturbar o julgamento. A apreciação de tais causas de suspeição independe de auto-exame do juiz. A parte excipiente pode prová-las com fatos e testemunhas. O elemento afetivo que serviu de base à regra jurídica de impedimento por parentesco entrou como informador da regra jurídica do art. 135, 1, concernente à vida, razão por que o ser amigo íntimo ou inimigo capital é causa de suspeição: o parentesco atua por si e independe da confirmação da afetividade pelos fatos; daí ser impeditivo.

A aversão política, teórica ou partidária, não impede o juiz, desde que a sua incompatibilidade intelectual não o leve a odiar ou querer vingar-se das partes, fazendo-se inimigo-capital.

A simples amizade não basta à suspeição. A intimidade supõe a convivência freqUente, com certo trato familiar e dádivas que são repetidas e outros dados de ligação contínua. A amizade pode ser entre pessoas do mesmo sexo, ou de sexos diferentes, inclusive com laços amorosos.

O art. 135, 1, não cogita da amizade íntima do juiz como advogado ou o procurador da parte; só se referiu à inimizade com aparte. Nem da amizade íntima com o órgão da entidade estatal, ou paraestatal, ou de pessoa jurídica de direito privado, se a parte é aquela entidade, ou essa. Nem da amizade intima com o membro do Ministério Público da entidade estatal, se essa é que é aparte.

O que pode acontecer é cumprir-se o pressuposto do art. 135, V.

Diga-se o mesmo quanto à inimizade capital.

2.Créditos e dívidas, causas de suspeição Se o juiz, seu cônjuge, ou parente do juiz, ou do cônjuge, em linha reta, ou na colateral, até o terceiro grau, é credor ou devedor de algumas das partes, suspeito é o juiz. As questões que surgem a respeito da suspeição são as mesmas de que tratamos a propósito do art. 134, V. Aqui é de perguntar-se se a divida há de constar de documento, ou se pode ser provada por outros meios. A prova testemunhal seria inadequada, salvo se constante de outro processo em que houve condenação ou pode haver condenação por algum ato ou fato ilícito. Se ainda não houve sentença em tal processo, o caso é para exame detido.

Pergunta-se:i,o art. 135, II, ao falar de parentes, inclui os parentes afins? Não se diga que o legislador incidiu em falha. No próprio texto, há referência a parte credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge, ou de parentes “destes”, portanto do juiz ou de seu cônjuge, quer em linha reta, quer na colateral até o terceiro grau. Quanto aos parentes por adoção (adotado, seus descendentes, e o adotante), são parentes como os outros. Não há, aí, qualquer distinção entre parentesco legítimo e parentesco ilegítimo.

3. Herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes A expressão “herdeiro” está, no art. 135, III, em senso largo. Diga-se: herdeiro, por estar incluido na categoria de herdeiro necessário, ou de herdeiro legitimo não-necessário por não ter a parte herdeiro necessário, ou de herdeiro testamentário, ou de legatário, ou de beneficiado por algum encargo. “Donatário”, entende-se, é o juiz donatário em vida, ou a causa de morte, ou favorecido por negócio jurídico de promessa de doação. “Empregador” é o juiz que tem a parte como secretário, ou empregado doméstico, ou motorísta, ou como encarregado de qualquer serviço para o juiz. Surge o problema de se saber se o art. 135, ~ 3~

parte, apanha o empregado do cônjuge, para serviços só de cônjuge *(e.g.*, a mulher do juiz mantém como costureira a parte, o marido da juíza tem secretário ou secretária que é parte na ação). A resposta tem de ser afirmativa, se o laço do empregado é permanente e não apenas para alguns dias, paga por diária, ou por horas de serviço, ou pelo que se executa.

Tem-se de verificar, em se tratando de herança legitima, se há pessoa ou se há pessoas que, no caso de morte da parte, estariam antes do juiz. Se as há, não se pode pensar em presuntividade. Se, durante o curso do processos a pessoa que estaria à frente do juiz, faleceu, ~u as pessoas que estariam à frente do juiz faleceram, então cabe a exceção de suspeição, que há de ser oposta no prazo de quinze dias, contado do dia da morte ou da última morte que ocasionou a suspeição (art. 305).

Advirta-se que, no caso do art. 135, III, que é o de ser herdeiro presuntivo o juiz, pode haver impedimento, e não só suspeição, porque é impedido o juiz quando cônjuge, ou parente de alguma das partes em linha reta, ou, na colateral, até o terceiro grau (art. 134, V). Se o grau de parentesco é em quarto grau, então não há impedimento; pode haver suspeição.

A adoção de alguma das partes ao juiz é causa de suspeição, porque, de ordinário, manifesta grande afeição, ou mesmo amizade intima. Não se pense em dádivas, porque dadivar não é doar e dádiva é dom, presente, assunto do art.

135, IV. Se a doação foi de pequeno valor, de modo que não possa ser prova de amizade íntima (art. 135, 1), nem consistir em dádiva antes ou no correr do processo (art. 135, IV), temos de negar a suspeição. O assunto, se focalizado, merece análise especial. Por exemplo: o juiz procurava retrato do avô, que nunca encontrara, e, sabendo disso, a pessoa que o tinha lho entregou; ou, em vez disso, o juiz procurou documentos de antepassados ou do seu cônjuge.

No código de 1939, art. 186, estava dito: “Será ilegítima a suspeição quando o excipiente a provocar ou, depois de manifestada a sua causa, praticar qualquer ato que importe a aceitação do juiz recusado”. Quanto àprimeira parte, hoje não se poderia admitir, por exemplo, que uma das partes tornasse suspeito o juiz com o testamento em que o fizesse herdeiro, ou praticasse atos que se interpretassem como de amizade íntima ou inimizade capital. Quanto à segunda parte, pensemos na parte que disse não ter o juiz querido aceitar doação. As regras jurídicas do Código de 1939, art.

186, não precisavam ser insertas no Código de 1973.

4. Dádivas, conselhos e contribuições A lei faz suspeito o juiz se recebe dádivas (presentes, lembranças, contribuições para homenagens) antes ou depois de

iniciado o processo. *Antes,* entenda-se, esse tempo anterior à propositura da ação, mas já para ser iniciado o processo *(e.g.*, ação de indenização para ato ilícito ocorrido antes da dádiva). Seria absurdo que não se exigisse a ligação da dádiva ao interesse da parte. As vezes há presentes, feitos no passado, de pessoas que se tornaram inimigas; e há amigos íntimos que não dão presentes.

A "dádiva", que se introduziu na língua portuguesa, compreendia presentes, dons, jantares, e até se usou para pensão anual. Eram proibidas as dadivas às grandes autoridades, salvo se por pessoa que, com isso, as fariam suspeitas (Alvará de 14 de novembro de 1757, § 10; Regimento de 17 de outubro de 1516, Cap. 1).

Temos de interpretar o art. 135, IV, 1a parte, porque, ao falar de "antes ou depois de iniciado o processo", porque

"antes" está aí no sentido de pouco antes", e não de qualquer dádiva feita há muito tempo atrás. Não se falou em dadíva por causa do processo, mas temos de supor tal coincidência, posto que não tenhamos de descer ao exame profundo do assunto.

O elemento temporal é o que mais importa; pouco antes ou depois de iniciado o processo.

Os conselhos fazem suspeito o juiz se se prendem à causa quanto ao objeto. Se B pergunta, em reunião social, ao juiz A qual o juízo que ele entende ser competente para as causas, *a,* e o juiz diz que é da situação dos imóveis, ou a do domicílio do réu, não aconselhou: apenas fez comunicação de conhecimento. Nenhum juiz pode ser privado de responder a pergunta que só se refira a *questio iuris*, em conferência, aula, ou entrevista, ou televisão. Quanto ao

"objeto da causa", em que ele e a parte são os pólos de relação jurídica processual, não deve e não há de responder a pergunta.

Tampouco pode o juiz dar meios a qualquer das partes para atender a despesas quaisquer que sejam do litígio.

Mesmo se a parte se encontra em estado de miséria. O seu dever de justiça, que é na dimensão social do Direito, tem de passar à frente e por sobre da caridade,

que é na dimensão da Moral e na da Religião.

*5.* Interesse no julgamento O interesse na decisão da causa vai de maxímo (o que faria o juiz ser juiz e parte, como se é 1 itisconsorte, ou poderia ser chamado ou nomeado à autoria, ou ter de autorizar a mulher a litigar, se ela pode ser citada ou notificada) até o caso do juiz que, se A perde a demanda contra B para esse demolir a parede que levantou, há de continuar a sofrer a parede desagradável, que lhe tirou a vista do mar (tenha ele ou não direito a, por si, propor ação). Interesse no julgamento é todo interesse próprio do juiz, ou de pessoa que viva a suas expensas. Não importa se interesse protegido por lei. Ai, o interesse é encarado por seu aspecto de fato, posto que possa ser material ou moral. Se o juiz é uma ção, nem por isso está suspeito na causa em que é parte loja maçônica (Tribunal de Justiça de São Paulo, 15 de junho de 1908). Tampouco, se o laço é político (Rio Grande do Sul, 13 de agosto de 1935). Se o juiz subscreveu ações, ou debêntures, de alguma sociedade, ou se é acionista, ou possui debêntures da sociedade, suspeito é ele nas demandas em que a sociedade for interessada.

Quem manifesta opinião sobre a lide, em concreto, antes do pronunciamento que lhe incumbe, pode ser considerado como "particularmente interessado na decisão da causa"? Responderam afirmativamente, para todas as espécies, as Câmaras Reunidas do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a 12 de abril de 1950 *(A. J.*, 94, 197; *R. F.*, 133, 183).

Sem razão, porque, às vezes, a leviandade pode não envolver interesse particular (l~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Pernambuco, 20 de junho de 1947, *A. F.*, 23,211). A pessoa, jurisconsulto, ou simples funcionário público, que deu "parecer", na causa, quando teve de responder a consulta da parte, ou de oficiar em processo administrativo, não pode, vindo a ser juiz, funcionar como julgador. Quem deu entrevista, de modo geral, sobre a matéria, não é suspeito; nem quem expôs em escrito científico o que a respeito pensava. A manifestação tem de ser *em concreto,* não basta ser *em abstrato.*

Interesse no julgamento é o da vantagem, material ou moral, que possa tirar o juiz, com a decisão da causa em certo sentido (Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, 29 de agosto de 1945: "A parte que argúir a suspeição, com fundamento no particular interesse do juiz na decisão da causa, está adstrita ao dever do indicar o motivo em que se funda a argüição . Ao julgador apenas resta, por conseguinte, a tarefa de apreciar a relevância ou irrelevância do motivo

indicado"). O interesse moral pode ser o interesse na repercussão meramente ética, não somente porque a tal interesse pode corresponder direito, pretensão, ação, ou exceção.

O interesse moral pode consistir em pressão psíquica sobre o juiz, como o interesse material. A lei não distinguiu. São de repelir-se os julgados que o eliminam como causa de suspeição *(e. g.,* Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, 23

de agosto de 1945; Tribunal de Apelação de Sergipe, 14 de agosto de 1946, *R. F.*, 115, 179). Tampouco é preciso que haja relação de direito que ligue o juiz a algum dos figurantes, de modo que se teria de provar tal relação jurídica (sem razão, as Câmaras Civeis Reunidas do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, a 24 de maio de 1946, *R. F.*, 112, 470; *J.*, 28, 210). O que não basta é o interesse no julgamento, porque o art. 135, V, é explícito (cf. Tribunal de Apelação de Alagoas, 2 de agosto de 1946, *R. F.*, 108, 111). Todavia, forremo-nos a admitir que toda apreciação caiba aos juizes *(e.* g., Câmaras Reunidas do Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, 21 de agosto de 1946: "... ficou sujeito ao arbítrio judicial a apreciação de relevância do motivo"): quando a lei emprega termo, cujo significado há de a doutrina fixar, não deixou arbítrio aos juizes; têm eles de empregar os conceitos que em doutrina se assentaram, ou que eles entendem que a doutrina construiu ou adotou, para que, a respeito da afirmação "o conceito da lei é o conceito *"a"*, "o conceito da lei não é o conceito *a*, mas o conceito *b"*, se possa dizer que é verdadeira a proposição ou que é falsa. Está em decisão do Juízo de Direito da 6~ Vara Cível da Guanabara, Doutora Maria Stella Vilela Souto, 30 de novembro de 1962, *D. da J.* de 17 de dezembro: "... acrescendo, para não deixar sem resposta a argúição de interesse na causa, que há de ser a vantagem material, ou moral que possa tirar ojuiz, com a decisão da causa em certo sentido, como acentua o douto Pontes de Míranda, e que não foi sequer apontada tal vantagem".

A prova dos fatos que levam à convicção da suspeição do juiz não pode ser discutida em recurso extraordinário, porque se refere a *questio facti* (l~ Turma do Supremo Tribunal Federal, 27 de stembro de 1948, *R. E.*, 122, 133); porém pode ter havido infração das regras jurídicas do art. 135, V, como lei federal, ou dar-se outra espécie para o recurso extraordinário.

Se o juiz, em alguma sentença, artigo ou livro sustentou que a ação cabível era a

que, agora, alguém vai propor, o interesse é só intelectual, interesse da boa interpretação e aplicação da lei.

Não basta para fundamentar suspeição a alegação de que o juiz aconselhou a parte sobre andamento a dar ao processo (Tribunal de Apelação de Sergipe, 14 de julho de 1946, *R. F.*, *115*, 179), nem a de que sugeriu as partes resolverem amigavelmente a contenda'49 (Tribunal de Apelação de Sergipe, 23 de maio de 1946).

6. Suspeição por motivo íntimo Ao juiz confere o art. 135, parágrafo único, o direito (não só a faculdade) de se declarar suspeito, "por motivo intimo". Motivo intimo é qualquer motivo que o juiz não quer revelar, talvez mesmo não deva revelar. A lei abriu brecha ao dever de provar o alegado, porque se satisfez com a alegação e não exigiu a indicação do motivo. A intimidade criou a excepcionalidade da permissão: alega-se haver motivo de suspeição, sem se precisar provar.

O art. 135, parágrafo único, supõe que não haja qualquer impedimento ou suspeição do juiz e queira ele *declarar-se* suspeito por motivo íntimo. O Congresso Nacional retirou a definição de motivo íntimo que se achava no Projeto (algo que causasse grande dano moral ao juiz). No Código de 1939, art. 119, § li', se a suspeição fosse "de natureza íntima", teria o juiz de comunicar os motivos ao órgão disciplinar competente" e "o não cumprimento desse dever, ou a improcedência dos motivos" seriam apreciados em segredo de justiça, sujeitando o juiz à pena de advertência (art.

119, § 20).

149Entender-se o juiz suspeito, nesse caso, seria impedi-lo de efetivar a norma do inciso IV, acrescentado ao art. 125

pela Lei n0 8.952, de 13.12.94 (vd., naquele artigo, a nota de atualização legislativa).

Nada disso se pôs no Código de 1973. Esperemos que os juizes não se aproveitem para não funcionarem em causas contra os governantes, os economistas e políticos poderosos, ou para diminuírem o mínimo das ações em que têm de trabalhar e julgar.

Havia os que reprovavam o texto de 1939 (A. A. Lopes da Costa, *Direito Processual Civil Brasileiro,* 1, 2~ ed., 337).

Hoje, a retirada do texto anterior não obsta a que a autoridade superior competente, diante de alguns dados, possa tomar providências para a punição disciplinar, as advertências e até mesmo, conforme a legislação, a condenação do infringente do dever de funcionar. Nem sempre a alegação de motivo intimo escapa à verificação de não existir.

*Art. 136.150 Quando dois ou mais juizes forem parentes, consangüíneo s ou afins, em linha reta e no segundo grau na linha colateral* 2) *o primeiro, que conhecer da causa no tribunal, impede que o outro participe do julgamento; caso em que o segundo se escusará, remetendo o processo ao seu substituto legal* ‘).

1. Dois ou mais juizes parentes Se dois ou mais juizes são parentes, consangüíneos ou afins, em linha reta, ou no segundo grau em linha colateral, e um deles já conheceu da causa no tribunal, isto é, já houve a entrega a um dos membros com os quais um dos parentes teria de julgar, ou o parente já recebeu os autos como relator, ou presidente, o outro parente não pode tomar parte nesse processo de *superior* instância e, pois, participar do julgamento. Nem sequer figurar na lista dos que vão discutir. Ao segundo cabe escusar-se e, se os autos lhe vierem, remetê-los ao substituto legal.

O art. 136 só impede que os parentes consangüíneos ou afins, em linha reta, ou, no segundo grau, na linha colateral, conheça da causa no tribunal.

150O art. 128 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Compiementar n0 35, de 14.03.79) abrogou este artigo:

“Nos Tribunais, não poderão ter assento na mesma Turma, Câmara ou Seção , cônjuges e parentes consanguíneos ou afins, em unha reta, bem como em linha colateral ate o terceiro grau. Parágrafo único. Nas sessúes do Tribunal Pleno ou órgão que o substitua, onde houver, o primeiro dos membros mutuamente impedidos, que votar, excluirá a participação do outro no julgamento”. Pela parecença das normas revogadora e revogada, os comentários continuam muito úteis. Acrescente-se que, na situação do parágrafo único, se a exclusão de um juiz comprometer o *quorum,* a solução será convocar quem o substitua. O que na

nota 147 se disse sobre concubinos se apiica aqui, *mutazis mutandis.*

Não são privados da competência; apenas não podem ser juizes na mesma causa. Só um pode conhecer do pedido e julgar: o que primeiro dele teve conhecimento. A causa, aí, pode ser ação ou recurso.

Se o juiz, que conheceria, em primeiro lugar, da causa no tribunal, falecesse, ou fosse afastado, antes do conhecimento, não haveria impedimento para o outro. Se já conhecera, sim; porque algo já se passara, sem possível mudança.

Tem-se de assentar que a sentença, proferida por algum dos parentes a que se refere o art. 136, também não pode ser apreciada na superior instância pela outra. A lei não o diz; mas aos Regimentos Internos toca prever a espécie.

Outro problema que escorre do art. 136: não aludiu ao cônjuge. Imaginemos que dois são os juizes do tribunal, A e o seu cônjuge B. Dir-se-á que seria raríssima tal ocorrência. Mas nada impede que o cônjuge de A suba ao tribunal, nem que A, membro do Tribunal, se case com B, que dele já fez parte.

2.Remessa do processo ao substituto legal O que em primeiro lugar conheceu da causa fica até o final; o segundo, não entrou na função de julgar: está impedido; dirá porque não pode funcionar (a referência a “escusa”, no art. 136, é imprópria) e remete o processo ao seu substituto legal. Não se pense em exceção, ou em escusa; trata-se de simples comunicação de conhecimento da ocorrência. Se assim não procede, qualquer das partes pode alegar, ou mesmo qualquer dos membros do corpo judiciário, e

havendo recusa pelo juiz do que foi alegado cumpre verificar-se o que o Regimento Interno estabelece a respeito. Se não se prevê a ocorrência, o assunto é para que resolva o próprio corpo julgador ou um Presidente.

*Art. 137. Aplicam-se os motivos de impedimento e suspeição aos juizes de todos os tribunais* ‘). *O juiz que violar o dever de abstenção, ou não se declarar suspeito* 2) *poderá ser recusado por qualquer das partes (art. 304).*

1. Juizes dos tribunais Os arts. 134 e 135 incidem a respeito dos juizes de quaisquer tribunais, de modo que os Regimentos Internos têm de reproduzir os textos ou a eles aludir, e acrescentando, quando necessário, alguma regra jurídica

interpretativa.

2. Juiz que infringe a lei O art. 137, 2~ parte, atinge qualquer juiz, seja singular, seja de tribunal. Não só se refere aos impedimentos, mas a

eles e às suspeições , pois a respeito cita-se o art. 304. A expressão “recusa” não está certa. Nenhuma parte recusa o juiz. O que qualquer delas pode fazer é opor a exceção de impedimento ou a de suspeição. Se o juiz não se reputa impedido ou suspeito, cabe o recurso de agravo de instrumento.

O juiz suspeito, como o juiz impedido, temo dever de se declarar como tal. Não só no caso de impedimento, a despeito de se falar de “dever de abstenção” e de “não se declarar suspeito”.

A recusa, a que se refere o art. 137, pode ser pela pessoa que tem fundamento para se declarar impedido o juiz *(e.* g., ser o juiz parente da outra parte na linha colateral, até o terceiro grau), ou pela outra parte *(e. g.,* o parente, até o terceiro grau). Dá-se o mesmo com a suspeição: se o juiz é herdeiro presuntivo do autor ou do réu, ou dele recebeu doação, também a pessoa de quem herdaria o juiz, pode recusar o juiz. No art. 304 já se disse que é lícito a qualquer das partes arguir o impedimento ou a suspeição.

*Art. 138. Aplicam-se também os motivos de impedimento e de suspeição: 1 ao órgão do Ministério Público* ‘), *quando não for parte, e, sendo parte, nos casos previstos nos números Ia IVdo art. 135;*

*II ao serventuário de justiça* 2);

*III ao perito e assistentes técnicos* 3);t5t

*IV ao intérprete* 4);

~S *10A parte interessada deverá argUir o impedimento ou a suspeição, em petição fundamentada e devidamente instruída, na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos; o juiz mandará processar o incidente em separado e sem suspensão da causa, ouvindo o argUido no prazo do cinco (5) dias, facultando a prova quando necessária e julgando o pedido* 5)•

151O art. 1’ da Lei 8.455, de 24.08.92, deu nova redação ao inciso (“111 ao

perito”), para excluir a possibilidade de impedimento ou suspeição do assistente técnico, o qual, sendo da confiança da parte, pode estar incluído entre as pessoas mencionadas nos arts. 134 e 135.0 art. 422, 2~ parte, com a redação do art. l~ da citada lei, estatui, de modo expresso: “Os assistentes técnicos são dc confiança da parte. não sujeitos a impedimento ou suspeição ”. Isso, entretanto, não os exime do .dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade (art. 339).

s~ *20Nos tribunais caberá ao relator processar e julgar o incidente6).*

1.Órgãos do Ministério Público Os arts. 134, 135, 136 e 137 incidem a respeito de órgãos do Ministério Público.

Ao estabelecer o tratamento igual, quanto ao impedimento e à suspeição, a lei refere-se aos juizes, aos órgãos do Ministério Público, ao serventuário da Justiça, ao perito e assistente técnico e ao intérprete. Mas, no art. 138, 1, concernente a órgãos do Ministério Público, há distinção entre os que são partes e os que não são partes: se são partes, incidem as regras jurídicas do art. 135, 1-1V; se operam como fiscal *da lei,* ou na defesa de interesses de incapazes, estão impedidos ou suspeitos como se fossem juizes ou as outras pessoas apontadas no art. 138, 11-1V. Como parte, o órgão do Ministério Público só está suspeito se é interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.

2.Serventuário e auxiliares da justiçaO art. 132, §§ l~’ e 20, e aplicável. Se a lei de organização jurídica estabelecer como há de ocorrer a substituição, opera-se automaticamente. Se o não prevê, cabe ao juiz a nomeação .

Na Seção 1 do Capítulo V (arts. 140-144), trata-se do serventuário e do oficial de justiça. Mas os arts. 141-143 são concernentes ao escrivão e o art. 144 é sobre a responsabilidade civil do escrivão e do oficial de justiça. Pergunta-se: j,considerou o código de 1973 serventuários de justiça os escrívaes ? No art. 139 puseram-se como auxiliares da justiça, “além de outros”, o escrivão, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador e o intérprete. Têm-se, portanto, como serventuário da justiça, uma das espécies de auxiliares da justiça, pois não só auxiliam mas servem os escrivães.

Surgem problemas. O art. 138, II, fala de impedimento e de suspeição dos serventuários de justiça, o art. 138, III, dos peritos e assistentes técnicos,e o art.

138, IV, dos intérpretes. Pensemos no contador, de que cogita o art.604

(liquidação por cálculo da sentença, feita pelo contador),’52 e no partidor, que organiza o esboço de partilha (art.

1.023). O art. 138, íi, é sobre os serventuários de justiça (não disse “auxiliares da Justiça”),o inciso III, sobre 152A Lei n’ 8.898, de 26.06.94, no art. l~, alterou o art. 604, para dispensar o cálculo do contador “quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético”. O contador, entretanto, contínua, obviamente, existindo e, por isso, a alusão do texto permanece atual.perito e assistentes técnicos, ‘53e o inciso IV, sobre o intérprete. Se interpretássemos o art. 138 como taxativo, deixaríamos fora dele o contador, o partidor e outros auxiliares da Justiça. jj,Como seria de acolher-se que pudesse ser contador, avaliador, partidor ou outro auxiliar da Justiça, que foi parte na ação (art. 134, 1), ou procurador da parte, ou depoente como testemunha (art. 134, II), ou juiz que conheceu da causa em primeiro grau e algo decidiu ou proferiu (art. 134, III), ou se advogado da causa, seu cônjuge ou qualquer parte conforme art. 134,1V, ou se é cônjuge, ou parente de alguma das partes conforme o art.

134, V, ou órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica parte na causa? Em qualquer das espécies há impedimento do auxiliar da Justiça. Dá-se o mesmo quanto à suspeição (art. 135, I-V).

Auxiliares da Justiça são os que o art. 139 aponta e os que constam das regras jurídicas de organização judiciária. Por aí se vê que a expressão “serventuários de justiça” não foi acertada. Nem o fora no Código de 1939, art. 189 e parágrafo único.

Entre os auxiliares da Justiça não há impedimento ou suspeição, bem assim entre eles e o juiz.

Quanto às testemunhas, que não são propriamente auxiliares da Justiça, há o art. 405, com os §~ 20 e 30, que cogita do impedimento e da suspeição. O § 40 dispõe sobre a assistência da testemunha impedida ou suspeita se estritamente necessária, independentemente de compromisso (art. 415), e com o valor que o juiz entende ter o depoimento.

3. Perito e assistente técnico’54 O art. 138, §§ l~ e 20, também lhes é aplicável. A substituição ou é conforme a lei, ou tem de ser nomeada pelo juiz.

4.Intérprete O art. 138, §§ l’~ e 20, é aplicável. Se há intérprete oficial, a substituição é conforme a lei, ou pelo juiz.

Se não é oficial, ao juiz cabe nomear.

5.Procedimento nas exceções A exceção de impedimento ou de suspeição oposta aos órgãos do Ministério Público e aos serventuários não suspende o processo; é o impedido ou suspeito que passa a não funcionar, desde logo. Quem julga tais exceções é o juiz da causa. Não suspendendo, de modo algum, o desenvolvimento do feito, a exceção tem de ser autuada

153 Vd.nota 151.

154 Vd.notal5l.

em separado. Substituto legal de qualquer dos órgãos do Ministério Público dados por impedidos ou suspeitos é o que a lei aponta; se a lei não o opontou, o que o juiz nomear. Dá-se o mesmo com os serventuários, os peritos, os assistentes técnicos155 e os intérpretes e demais auxiliares da justiça.

O impedimento e a suspeição têm de ser arguidos em petição, com os fundamentos e as provas, na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos. Se a entrada foi posterior a atos da parte, a arguição tem de ser quando tiver de falar o interessado. A exceção é processada em separado, ouvida a pessoa que se afirma estar impedida ou ser suspeita no prazo de cinco dias. Se diz ser necessária alguma prova, tem o juiz de admiti-la, mesmo fora do prazo, se, por exemplo, se precisa de tempo. Depois o juiz julga a exceção.

O art. 138, § i~, é relativo ao argúimento do impedimento ou da suspeição, na primeira oportunidade que a alguém couber de falar nos autos, Se não argúi a suspeição na primeira oportunidade, não mais pode impugnar a função dos que o art. 138 aponta. Se a espécie é de impedimento, dá-se o mesmo. Apenas, tanto nos casos de impedimento como nos casos de suspeição, pode o interessado alegar e provar que do assunto só posterior-mente teve conhecimento. Não há ação rescisória com base no art. 485, II. O impedimento ou a suspeição das

pessoas a que alude o art. 138 pode ser elemento para o suporte fáctico do art. 485, 1, III, V, VI, VII, VIII e IX (cf. § 20), mas apenas um dos elementos.

6. Exceções opostas perante tribunal Se a exceção de impedimento ou de suspeição ocorre quando em tribunal há de funcionar órgão do Ministério Público, serventuário, perito, assistente técnico,’56 ou intérprete, ou outro auxiliar da Justiça, a petição é endereçada ao Tribunal, e não ao relator, se ainda não foi designado; ou ao Relator, seja o foi. O

art. 138 e o § 1~’ têm de ser observados. Os Regimentos Internos podem prever o recurso interponivel da decisão do Relator.

155Vd.nota 151.

156Vd.notal5l.

Capítulo V

DOS AUXILIARES DA JUSTIÇA

1. Auxiliares da justiça Além dos juizes, as organizações judiciárias contam com os funcionários encarregados da documentação, chamados escrivães, dos seus auxiliares e substitutos, ditos escreventes juramentados, dos oficiais de justiça, dos contadores, partidores, peritos privativos (quando os há), etc. *Auxiliares da justiça* são chamados, no Código de Processo Civil, os escrivães, incluídos os seus substitutos quando em exercício, e os oficiais de justiça. Nos tribunais o chefe da Secretaria ou o secretário correspondente ao escrivão, que é o encarregado da documentação e da conservação dos processos, nas instâncias inferiores. Posto que às leis de organização judiciária é que corresponda tratar de escrivães e oficiais de justiça, tão importantes são eles como órgão da jurisdição, que se justificam certos princípios formulados como de direito processual. O Código de Processo Civil estatuiu sobre o impedimento e a suspeição de tais funcionários, de modo explícito. Estão eles sujeitos a impedimentos e a suspeições, como os juizes.

Os escrivães lavram as atas das audiências e das diligências judiciais, sem que sejam mais que instrumentos para escrever, datilografar ou taquigrafar. Não são elementos integrantes do tribunal ou do juízo. Outrossim, são os intermediários

das comunicações escritas pelas partes e o tribunal. Ordenam e conservamos autos, procedem ao seu registro, facilitam o exame deles aos interessados, tudo em observância da lei e dos despachos do juiz. Algumas vezes, os textos processuais lhes concedem dar impulso processual'57 por meio de citações e notificações que se hão de fazer de ofício. Têm fé pública, mas apenas certificam o que consta dos autos. As funções ativas dos escrivães são excepcionais.

157 *V.g.*, o § 40, acrescentado ao art. 162 pelo art. 10 da Lei n0 8.952, de 13.12.94: "Os atos meramente ordinat6rios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessários."

Já antes chamamos atenção para os que a lei considera ou tem de considerar auxiliares do juízo e para os que ela chama de serventuários de justiça, que são, conforme o Código de 1973, subclasse dos auxiliares da Justiça.

*Art. 139. São auxiliares do juízo '*), *além de outros, cujas atribuições são determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador e o intérprete 2)*

1. Menções na lei processual e na lei de organização judiciária

Oart. 139 apenas referiu os auxiliares da justiça que têm necessariamente de existir, pela natureza do processo civil; mas atendeu a que há funções que podem ter outros auxiliares, que as leis de organização judiciária criarem. Os pressupostos são o da atividade interna ou externa dos juizes e o do preenchimento das exigências para os cargos, ou funções.

O juízo tem missões que vão do despacho da petição inicial até o proferimento da sentença final. Porém a sua atividade precisa de auxiliares, a começar pelo escrivão e o próprio oficial de justiça, a que cabe, de ordinário,'55 a citação da parte para que se angularize a relação jurídica processual. Chama-se ao auxiliar da Justiça, ou auxiliar do juízo, não importa: ali, supõe-se a sua missão perante dois ou mais juizes, aqui, já perante um juízo, a que tem de auxiliar. O auxilio pode ser em virtude de cargo público, ou de simples nomeação, conforme a espécie. Compreende-se que, em alguns casos de auxiliaridade, se fale das atribuições e haja remissão às regras jurídicas de organização judiciária (arts. 140 e 143). Há regras jurídicas sobre a responsabilidade de algumas espécies de

auxiliares (aris. 144, 147, 159 e 153); não quanto a outras, como os contadores, os partidores (arts. 604 e 1.023).

2. Pluralidade de auxiliares Os auxiliares de cada espécie podem ser dois ou mais e a distribuição dos serviços depende das leis de organização judiciária e, na falta de regras jurídicas a respeito, do ato do juiz, discriminativo ou distributivo de serviços, ou mesmo do escrivão, se a escolha lhe tocou. Não se afasta a hipótese de só haver um auxiliar.

158 Com a redação dada ao capurdo art. 222 pelo art. 10 da Lei n0 8.710, de 24.09.93, a citação éfeita, de ordinário, pelo correio.

Seção 1

Dos serventuários e do oficial de justiça )

1. Conceito de serventuário Serventuário era o que servia em lugar de outrem, que podia ser proprietário, ou mesmo entidade estatal, a que de certo modo substituia, conforme alvarás e decretos de quatro séculos passados. De começo, só se pensava em substituição provisória; depois, foi que se chegou, no século passado, a pensar-se em serventuário de justiça, até que se fez elemento essencial a ocupação de *cargo* administrativo do Poder Judiciário. Não se trata de oficio de juiz, de órgão judicial, posto que se empregue (por exemplo, no art. 140) a expressão “ofícios de justiça”.

Não julga, serve aos juizes, inclusive, por vezes, a dois ou mais (art. 251). À legislação de organização judiciária é que fica a discriminação. Também pode aumentar ou diminuir o âmbito das atribuições.

*Art. 140. Em cada juízo haverá um ou mais ofícios de justiça 2> cujas atribuicões são determinadas pelas normas de organização judiciária’)* 3)~

1. Pluralidade de cartórios A existência de uma só emissão para cada vara é o que mais acontece; porém, com o aumento de trabalho, têm-se multiplicado os ofícios de cada vara. À organização judiciária compete dizer quais, dentro da mesma vara, as feições de cada emissão. No caso de alguma omissão da lei, ou o juiz resolve o problema, ou se leva o assunto ao conhecimento do Corregedor.

2. Pluralidade de juizes sem pluralidade de ofícios Nas comarcas de pouco

movimento judicial pode criar-se uma só emissão para dois ou mais juizes, com a discriminação precisa das suas atividades. Pode ser que baste a distribuição interna ao juízo.

3. Normas de organização judiciária Quanto aos ofícios de justiça, também as regras de organização judiciária é que estabelecem a extinção da competência, inclusive no tocante a atos protocolares e registrários.

Sempre que, para a função, que poderia caber ao oficial de justiça, nada se dispôs, como em se tratanto de depositário, ao juiz compete nomear quem a exerça.

*Art. 141. Incumbe ao escrivão:*

*1 redigir* ‘), *em forma legal, os ofícios, mandados, cartas precatórias e mais atos que pertencem ao seu oficio; II executar ) as ordens judiciais, promovendo citações e intimações, bem como praticando todos os demais atos, que lhe forem atribuidos pelas normas de organiza çáo judiciária* 3); *III comparecer às audiências 4), ou, não podendo fazê-lo, designar para substitui-lo escreventejuramentado ~>, de preferência datilógrafo ou taquígrafo;*

*IV ter, sob sua guarda e responsabilidade, os autos 6) não permitindo que saiam de cartório, exceto: a) quando tenham de subir à conclusão do juiz;*

*b) com vista aos procuradores, ao Ministério Público ou à Fazenda Pública; c) quando devem ser remetidos ao contador ou ao partidor;*

*d) quando, modificando-se a competência,forem transferidos a outro juízo; V dar ~>, independentemente de despacho, certidão* 8) *de qualquer ato ou termo do processo, observado o disposto no artigo 155* 9> lO) 1)

1. Redação pelo escrivão Ao escrivão incumbe redigir, atendidas as exigências legais, os ofícios, os mandados, as cartas precatórias e os demais atos que pertençam ao seu ofício. A substituição rege-se pela lei de organização judiciária.

O escrivão é o elemento mais relevante para servir ao juízo. Tem as suas missões, que não dependem de arbítrio do juiz: algumas são de sua função, sem que possa o juiz cerceá-las, ou, *afortiori*, eliminá-las; outras, que resultam de

ordem do juiz. Quanto àquelas, são exemplos a dação de certidões, a movimentação normal dos autos, os registros, as lavraturas de termos para conclusão dos autos e de vistas; dessas, as citações, intimações. Um dos seus deveres principais é a guarda dos autos, pelo que se responsabiliza.

O art. 141, 1, fala de “mais atos que pertencem ao seu oficio”, por exemplo: redigir depoimentos das partes e das testemunhas, posto que o lançamento não exija redação propriamente dita; e termos.

2. Ordens e despachos do juiz O escrivão é o funcionário público imediato ao juiz, e o que tem de providenciar todas as citações, notificações ou intimações, que dependem ou não de despacho do juiz. À lei de organização judiciária fica a atribuição de outros atos do escrivão, dependentes ou não de despacho do juiz.

3. Citação e outros atos A citação é feita pelo oficial de justiça, salvo se por edital, ou pelo correio.’59 Mesmo quando com hora certa, a que o citando não compareceu, foi ao ato do oficial de justiça que se atribuíram a existência e a eficácia da citação. Pergunta-se: ~,há casos de citação pelo escrivão? No art. 237, supõe-se que, em comarca em que não há órgão de publicação dos atos oficiais, competirá ao escrivão *intimar,* de todos os atos do processo, os advogados das partes. Tal função é excepcional. No art. 141, II, dá-se ao escrivão a incumbência de executar as ordens judiciais, “promovendo citações e intimações”. Não havia testo como esse no Código de 1939. Promover é mover para diante. Move-se alguém ou algo. Não se deu ao escrivão qualquer função citatória. Ele não cita; apenas faz o que é necessário para que o oficial de justiça se mova e cumpra aquilo de que está incumbido. Quanto às intimações, o art. 237 foi objeto da única exceção à função exclusiva do oficial de justiça, mas somente relativa às intimações. Mesmo se alguém, que tinha de ser citado, aparece no cartório, não cabe ao escrivão citá-lo, nem resolver, de moto próprio, fazê-lo: falta-lhe qualquer competência para isso. O que pode é promover a citação, isto é, tomar as providências para que o oficial de justiça o cite.

O art. 141, II, é relativo ao dever de executar ordens e ao dever de praticar atos. Fala-se de promoção de citações e intimações, porque, mesmo se a citação há de ser feita pelo oficial de justiça, o mandado há de ter a assinatura do escrivão e a declaração de que o subscreve por ordem do juiz (art. 225). Se feita pelo correio a citação, é o escrivão ou o chefe da secretaria que põe dentro do subscrito, com timbre impresso do juiz, ou tribunal, e do cartório, a cópia da petição inicial,

despachada pelo juiz, com a indicação expressa de que visa intimar o destinatário (art. 223). Quanto à citação por

159 \ld. a nota anterior.

edital, há a afixação do edital na sede do juízo, certificada pelo escrivão (art. 232, II). Lembre-se que, no caso de citação pelo correio, há a remessa dos documentos da citação ao citando pelo escrivão (cf. art. 223).

No art. 238 diz-se que, se não há regra jurídica em sentido contrário, as intimações são feitas por oficial de justiça. No art. 236, prevê-se a intimação feita pela publicação no Diário Oficial, no Distrito Federal, nas Capitais dos Estados-membros e dos Territórios. Mas as providências são do escrivão. No art. 237 diz-se que nas comarcas que não são no Distrito Federal, nas Capitais dos Estados-membros ou dos Territórios, se há órgão de publicação dos atos oficiais, basta que se publiquem as intimações; se não o há, é ao escrivão que compete intimar de todos os atos do processo os advogados das partes.

4. Audiências e serventuários Uma das maiores aspirações do foro brasileiro foi, por muito tempo, a de se exigir a presença do escrivão às audiências do juízo. Tal como se achava organizada, e não nos parece que tenha havido alteração, a justiça das diferentes unidades da República, os escreventes juramentados, que costumam substituir os escrivães, pela dependência econômica, ficaram reduzidos a simples empregados do titular do cartório. As custas que vencem, ao substituirem os escrivães, os escreventesjuramentados, em vez de serem atribuidas a esses, não raro se contam, indistintamente, como custas do escrivão. No entanto, ao contrário do que se passava ao tempo em que os escrivães viviam em contacto imediato com os seus cartórios, e muitos figuraram como legistas notáveis, os cartórios se acham, na maior parte, regidos por escreventes. O Código de Processo Civil, logo após a frase decisiva sobre o escrivão ter de comparecerás audiências, reabriu a válvula contra a qual se reclamava: “ou, não podendo fazê-lo, designar para substitui-lo escrevente juramentado, de preferência dactilógrafo ou taquígrafo”.

O art. 141, III, concerne à incumbência do escrivão de comparecer às audiências. Tem de lavrar o termo de audiência (art. 457), de inquirição das testemunhas (arts. 344 e 412) e de depoimento das partes (art. 343).

Quanto ao escrivão impedido, que se não há de confundir com o escrivão que não pode comparecer, rege o art. 142. A função de nomear alguém para substituí-lo cabe ao juiz.

*5.* Escrevente juramentado O escrevente juramentado, se bem que figura de organização judiciária, aparece no Código de Processo Civil como substituto do escrivão. O art. 141, III, a ele se refere. No entanto, quando, no art. 142, teve a lei de cogitar, processualizando regra de organização

judiciária, dos impedimentos dos serventuário, apenas disse: "o juiz convocar-lhe-á substituto, e, não o havendo, nomeará pessoa idônea para o ato". As restrições, que fizemos, à permissão de não-comparência do escrivão, cessariam, se as leis de organização judiciária dispusessem que, não tendo o escrivão comparecido à audiência de instrução e julgamento, não mais funcionaria no feito, restituindo as custas, salvo força maior devidamente provada, não podendo receber custas do dia impedido por ela. O Código não incluiu tal regra, que manteria a substituição do escrivão sem os inconvenientes da sua falta.

6. Autos e responsabilidade do escrivão O escrivão tem sob sua guarda os autos, quaisquer que sejam, e só permite que saiam do cartório se *a)* sobem ao juiz (conclusão dos autos), ou *b)* se é dada vista aos procuradores por figurantes do processo, ou ao Ministério Público, ou à Fazenda Pública, ou *c)* se têm de ser remetidos ao contador ou ao partidor, ou *d)* quando, modificando-se a competência, foram transferidos a outro juízo. Faltou a referência à remessa dos autos para recurso.

Desde que se iniciou a relação jurídica e há, portanto, autos do processo, guarda-os o escrivão, como deve ser. Mesmo depois de extinta a causa, ficam no arquivo, continuando a responsabilidade do escrivão.

Uma vez que o assunto é o da guarda dos autos, tinha de haver o princípio de não sairem do cartório, só se admitindo a retirada nas hipóteses do art. 141, IV *a), b), c)* e *d).* Ou há a *conclusão* dos autos ao juiz, ou a *ida* aos procuradores, ao Ministério Público ou à Fazenda Pública, ou a *remessa* ao contador ou ao partidor. Mas faltaram algumas espécies nos itens do art. 141, IV: a *subida* dos autos à superior instância. A *remessa* dos autos pode ser também, por exemplo, a autorizada pelo juiz (bem como a do material sujeito ao exame) ao estabelecimento oficial especializado, perante cujo diretor o perito prestará o

compromisso (art. 434).IW

Quanto ao art. 141,1V, *d)* há *remessa definitiva,* transmissão da guarda dos autos, por ter sido julgada procedente a exceção de incompetência (art. 311), não a de impedimento ou suspeição (arts. 134, 135,313 e 314), porque a remessa é ao substituto legal. No caso de incompetência absoluta, que éde *alegação,* e não de *exceção,* a remessa definitiva é ao juiz competente (art. 113e§20).

160O art. 10 da Lei 00 8.952, de 13.12.94, alterou o *capur* do art. 434. na sua 2 parte: “O juiz autorizará a remessa dos autos bem como de material sujeito a exame, ao diretor do estabelecimento”. Esta redação adaptou o texto do art.

434 ao do art. 422. alterado pelo art. 1” da Lei 00 8.455. de 24.08.92, para dispensar o compromisso do perito e assistentes.

escrevente juramentado mais antigo ou conforme ordem estabelecida pelo juízo, conforme a organização judiciária.

Com o processo oral que a lei de 1939 e a de 1973 adotaram, seria útil a uniformização. Mais ainda a exigência desse escrevente substituto, como a do escrevente de que fala o art. 141, III.

No Código , é o juiz, e não outra autoridade, que convoca o substituto. Não estando o substituto, o juiz convoca escrivão *ad hoc*, que tem de ser pessoa idônea para o cargo ou para o ato. O mesmo raciocínio far-se-á quanto ao oficial de justiça, se faltar. Se é o juiz quem falta à audiência, adia-se a audiência; não assim, se éo escrivão, ou o oficial de justiça. Não se adia.

*Art. 143. Incumbe ao oficial de justiça* ‘).

*1 fazer pessoalmente as citações, prisões, penhoras, arrestos e mais diligências próprias do seu oficio, certificando no mandado o ocorrido, com menção de lugar, dia e hora 6) A diligência, sempre que possível, realizar-se-á na presença de duas testemunhas* 2)

*II executar as ordens do juiz a que estiver subordinado* 3>~

*III entregar, em cartório, o mandado, logo depois de cumprido 4); IV estar presente* 5) *às audiências e coadjuvar o juiz na manutenção da ordem.*

1. Oficiais de justiça Os oficiais de justiça são executores judiciais, intimam, notificam, citam, e realizam as execuções. Exercem poder público. Estão sujeitos a impedimentos e suspeições (art. 138, II). Nas audiências, executam as ordens do juiz, principalmente as de policia. Nessa função, ajudam ao juiz, ou ao tribunal, no chamarem as partes, as testemunhas e os peritos, mediante pregões, e no assegurarem o segredo de justiça quando for o caso. Se o oficial de justiça tem ordenado, ou o pagamento pelos atos, depende da lei de organização judiciária. Outrossim, se as custas têm de ser distribuídas *pro labore* ou em partes iguais da renda de cada período. As custas não infringiram o art. 196 da Constituição de 1967, com a Emenda n0 1 62

162 Vd. Const. 88, arts. 50, LXXIII, LXXIV, LXXVII e 145, II.

Às leis de organização judiciária é dado cogitar de *impedimentos* dos oficiais de justiça, respeitada a legislação federal.

As regras jurídicas de organização judiciária é que dizem quem substitui o escrivão, no caso de estar ele impedido. O

art. 142 só se refere a impedimento. Se não foi criado ou se extinto o cargo de substituto, o juiz nomeia para o ato ou para os atos pessoa idônea.

Se o escrivão falta à audiência, sem ser impedido, rege o art. 141, III. Se falta para a prática de algum ato ou de alguns atos da sua atribuição, a despeito da omissão do legislador de 1973, havemos de entender que o ato ou os atos eram da sua incumbência (art. 141, II), e temos de invocar por analogia os arts. 142 e 141, III. Se o escrivão não tomou a devida providência, é responsável civilmente (art. 144, 1), e não se compreenderia que se aguardasse a decisão sobre a responsabilidade civil para que se suprisse a falta do ato ou dos atos do escrivão. A parte ou qualquer interessado pode pedir ao juiz convoque o substituto ou nomeie pessoa idônea para o ato.

O art. 142 somente falou de impedimento do escrivão. Se ele foi julgado suspeito (arts. 135 e 138, II), ou há substituto legal, ou não o há: se o há, dá-se a substituição; se não o há, tem o juiz de nomear pessoa idônea.

Quer se trate de impedimento, quer de suspeição do escrivão, não se trata de substituição eventual, mas sim definitiva: vai até o final do processo. Não pode

ser guarda dos autos, o que é assunto para o juiz resolver. Nada tem isso com a simples ausência.

O oficial de justiça vem, finalmente, após o escrivão, dado o relevo do local do trabalho, que pode ser, para as citações, em comarca contígua, de fácil comunicação (art. 230). Dá certidões nos casos que a lei aponta *(e. g.*, arts.

226, III, 228, § 20, e 239, parágrafo único).

As diligência que cabem aos oficiais de justiça são mais do que as dadas pela lei de organização judiciária. Há funções que o próprio Código de Processo Civil preestabelece sejam realizadas pelos oficiais de justiça. A figura do oficial de justiça existe no direito nacional, e aos Estados-membros somente ficou dizer quem se investe de tal cargo, ainda que exerça outro ou outros. O ato mais grave do atual processo, que é a citação inicial em si mesma, é cometido ao oficial de justiça (art. 221, II).

O oficial de justiça, quanto aos atos de que foi incumbido legalmente, tem fé pública. A prova em contrário pode elidir a presunção de verdade que deriva das suas certidões. De uma feita caiu na antiga Corte de Apelação do Distrito Federal a situação que certa parte conseguira mediante certidão de oficial de justiça, somente porque, dividindo-se o número de horas pelo úmero de citações feitas durante o dia seria impossível fazê-las. Foi o famoso caso do Morro de São Carlos.

São exemplos de outras diligências próprias do seu ofício, pois que o art. 143,1, mencionou as certidões, as prisões e os arrestos, os seqüestros , as buscas e apreensões (com dois oficiais de justiça, art. 842), os protestos, as notificações e as interpelações (art. 867), os protestos (art. 883) e apreensões de títulos (art. 885). Para o arrombamento exige-se dois oficiais de justiça (art. 661).

2.Diligências e testemunho Algumas diligências mereciam ser testemunhadas, para garantia das partes e do próprio oficial de justiça. A lei não fez obrigatória, em todos os casos, a presença das duas testemunhas.164 Cabe ao oficial de justiça alegar e mostrar que não foi possível o testemunho das duas pessoas.

A falta das testemunhas deixa sem elemento confirmativo da efetuação da diligência, porém não lhe retira a declaração de existência, a validade e a

eficácia. Se não era possível, ou mesmo se a dificuldade não justificava a exigência do testemunho, o elemento está dispensado. A presença das testemunhas serve para que o oficial de justiça reforce a sua certidão.

3.Ordens do juiz O oficial de justiça está às ordens do juiz, para todas as diligências de que o processo necessite. As ordens ou são diretas (do juiz ao oficial de justiça), ou por intermédio do escrivão, que assume a responsabilidade pela transmissão.

4. Certidão do recebimento do mandado, execução e certidão do mandado O oficial de justiça tem de certificar o dia e a hora em que recebe

o mandado (art. 190, parágrafo único); dentro de quarenta e oito horas, executá-lo, salvo força maior devidamente comprovada (art. 193: “motivo legitimo”).

163 Obviamente, *exigem-se* dois oficiais. Deixei, entretanto, permanecer o texto, tal como publicado na 2 ed., para mostrar o propósito, anunciado na nota da p. IX da Y ed., de preservar intacto o que saiu da pena do autor. Embora a revisão não seja tarefa do atualizador, corrigi, quando os na lei, evidentes e inequívocos erros de ortografia, de nenhum modo imputáveis ao comentarista, sabidamente exímio conhecedor do vernáculo. A quem escreve sucede, por vezes, o infortúnio do erro involuntário, que o olho não apanha na hora da revisão (ao ler, depois de publicada a

tiragem. a p. 32 do livro citado na nota 6, verifiquei desolado que qualificara de substantivo o adjetivo *sumário...).*

164 A exigência do art. 239, parágrafo único, III, de que constassem do mandado de intimação “os nomes das testemunhas, que assistiram ao ato, se a pessoa intimada se recusar a apor a nota de ciente’, caiu com a redação dada ao dispositivo pelo art. 10 da Lei n0 8.710, de 24.09.93 (“III a nota de ciente ou certidão de que o intimado não a após”), também alterada pelo art. l~ da Lei n0 8.952, de 13.12.94

(“111 a nota de ciente ou certidão de que o interessado não a opôs no mandado”).

A certidão de que trata o art. 143, i, é feita no mandado. Dificilmente ocorre que

não a possa fazer no mesmo papel, mas, se apenas há espaço para uma só linha, ou poucas linhas, dai deve começar a certidão e estender-se a outro papel.

Se tiver de ser feita totalmente fora, convém que o diga no início da certidão que é noutra folha e a razão para isso.

Pode acontecer que as últimas linhas restantes no mandado estejam imprestáveis à certidão.

5. Presença do oficial de justiça A praxe é que, à abertura da audiência, o oficial de justiça, ou o porteiro, por ordem do juiz, a anuncie.165 São estilos da justiça, que tão rentes estão com a vida, e tão prestantes serviços mostram, que os legisladores deles se esquecem. O oficial de justiça, ou o porteiro, é, aí, o executor das ordens do juiz. A lei dispensa o oficial de justiça de subscrever o termo de audiência.

Se ocorre algum acidente, ou se alguém está a perturbar a audiência, pode o juiz ordenar ao oficial de justiça que faça retirar-se a pessoa ou que a advirta quando a possível ordem posterior de retirada.

6.Certidão das citações A citação sem se dizer lugar e dia é nula; se só se deixou de certificar a hora, há também nulidade, mas é difícil escapar à invocação do art. 244, ou do art. 249, § 20 (cp. Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, 21 de maio de 1951, *D. O.*, de 14 de novembro, 288).

*Art. 144. O escrivão e o oficial de justiça são civilmente responsáveis'): 1 quando, sem justo motivo 2) se recusarem a cumprir, dentro do prazo, os atos que lhes impõe a lei, ou os que o juiz, a que estão subordinados, lhes comete;*

*II quando praticarem ato nulo ~> com dolo ou culpa 9.*

1. Escrivão e oficial de justiça A responsabilidade de que cogita o art. 144 é no plano do direito administrativo e privado, e não obsta à ação penal contra o escrivão, ou contra o oficial de justiça. Há a responsabilidade civil; *afortiori,* a aplicação de penas disciplinares pelo juiz, ou autoridade superior, pelas infrações que o art. 144 aponta.

Acertadamente, o Código de 1973, no art. 144, sem correspondente no Código anterior, porque, uma vez que se fala da responsabilidade do juiz (art. 133) e do

órgão do Ministério Público (art. 85), era necessário que se inserissem as regras jurídicas do art. 144. No Código anterior só se tinha a regra jurídica sobre responsabilidade do juiz.

Lembramo-nos de que, na Constituição de 1967, com a Emenda n0 1, art. 107, há a regra jurídica sobre responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros, e a do art. 107, parágrafo único, que dá a tais entidades a ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.t56 A ação regressiva pressupõe ter sido condenada a pessoa jurídica de direito público, o que mostra que a ação de indenização pode ser contra o funcionário ou contra a pessoa jurídica de direito público. A Constituição de 1934, art. 171, falou de serem responsáveis solidariamente, razão para ser chamado o funcionário a se litisconsorciar (art. 171, § lo). Convém, hoje, como antes, que se não afaste poder o funcionário intervir como assistente no processo; mas não se pode negar à pessoa jurídica de direito público que promova a denunciação da lide (Código de 1973, art. 70: “A denunciação da lide é obrigatória: III àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda”).

2. Justo motivo O justo motivo, na espécie do art. 144, 1, pode ser exposto em segredo do processo, ou consistir em força maior *(e.g.,* a outra parte ameaça-o de morte; os autos têm de ser examinados para verificação de crime).

No art. 193 diz-se que compete ao juiz verificar se o serventuário excedeu, sem motivo legitimo, os prazos que o Código estabelece; e, no art. 194, que, apurada a falta, mandará instaurar procedimento administrativo, na forma da Lei de Organização Judiciária.

A responsabilidade civil (art. 144) leva à indenização à parte, ou às partes, ou a quem ficou prejudicado por uma das causas do art. 144, 1 e II. No art. 144, 1, fala-se de o escrivão ou o oficial de justiça se recusar a cumprir, dentro do prazo, sem justo motivo, o que lhe impõe a lei, ou o que o juiz lhe ordenou. Não há, aí, propriamente, recusa; basta a omissão, sem justo motivo. Um dos justos motivos é o ter-se enchido o tempo, necessariamente, com outras atividades precípuas.

166 Const. 88, art. 37, § 60.

Se o que o juiz ordenou está fora da lei e o escrivão ou o oficial de justiça deixa de cumprir o que seria ilegal, trata-se de assunto para a defesa do serventuário. Não estava subordinado ao cumprimento de tal ordem (cp. art. 143, II).

3. Nulidade Fala-se de dolo ou culpa, mas à vinculação basta, por exemplo, que tenha havido descuido, ou demasiada confiança do serventuário na pessoa que datilografou. Culpa houve.

O art. 144, II, supõe dolo ou culpa. Se o ato é nulo e não houve dolo ou culpa, não se há de pensar em responsabilidade. Basta a imperícia, a falta de algo que deu ensejo à nulidade, como se houve penhora de bens móveis por um só oficial de justiça, sem apresença de testemunhas (arts. 660 e 661).

*4.* Indenização A ação para se haver a indenização não se propõe nos autos da causa. Trata-se de ação própria porque se trata de ação contra o oficial de justiça, e não contra litigante (art. 18).

Seção II

Do perito')

1. Perito No conceito de juiz está implícita a função de formular *julgamento de fato* e *de direito,* com o qual possa decidir a questão, ou as questões do feito. Por isso mesmo, em técnica legislativa, dizer-se que tem o juiz a inspeção direta, ocular ou auditiva, ou ligada a outro sentido, ou, ainda a indireta, mediante os recursos e instrumentos da ciência, seria supérfluo, porquanto a exigência da sua presença em certas provas não atende à simples segurança da sua autoridade, e sim à necessidade de colher, por si, o material indispensável à elaboração daqueles julgamentos de fato, de que depende a concepção última da sentença. Se o legislador brasileiro não inseriu regra juridica sobre a inspeção direta ou indireta, mas presencial, apenas entendeu que tal função é inseparável do conceito mesmo de juiz, *a fortiori* em seu sistema de instrução e julgamento como o direito processual civil adotara. Em todo juiz, no grau de civilização a que atingiram alguns povos, é de supor-se certa dose de cultura geral, que lhe permita, se não enunciar julgamento sobre fatos que escapam à experiência comum, pelo menos apreciá-los, com a ajuda de consultas a livros ou estudo mais demorado, o que não é raro entre bons juizes.

Os julgamentos de fatos compreendem, como se tira do que acima dissemos, os *(a)* julgamentos *sobre fatos* e os *(b)* julgamentos *sobre direito* ou pontos de direito. Os julgamentos sobre direito são também julgamentos de fato, porque o juiz que julga *de direito* enuncia preposições como: "a lei a incidiu na relação *a"*, "a relação *a* formou-se sob a lei *a*, mas foi modificada sob alei b", "a lei *a* não atingiu a relação *b"*, "a relação *a* não foi atingida pela lei *b"*, "a lei do pais *a* nada tem com a relação *b"*, nem "a lei do país *b* rege a relação *a"*, todas, proposições sobre a incidência de certa lei no momento e lugar da relação inter-humana que se analisa. Portanto, sempre, julgamentos sobre direito e julgamentos de fato: incidiu ou não incidiu. O fato é, ai, a *incidência jurídica.* Todos os outros julgamentos são sobre fatos (materiais).

Quando o juiz precisa de julgamento sobre fatos que exijam mais do que simples inspeção, ou se contenta com os que lhe vêm da narração das partes ou das testemunhas, ou lança mão da perícia, cujo conceito melhor se esclarece depois que se examinam os elementos diferenciais entre o perito e o juiz, entre o perito e o escrivão, entre o oficial de justiça, entre o perito e a testemunha.

*(a)* O juiz é sujeito da relação jurídica processual, em vez do Estado, de que ele é órgão; o perito, não. O perito é pessoa estranha à relação jurídica processual, é apenas pessoa que tem conhecimentos especiais, de algum ramo da atividade humana, inclusive científicos, industriais, artísticos, tecnológicos, conhecimentos que lhe permitem auxiliar, no seu tempo, o juiz, na investigação dos fatos e na formulação de julgamentos de fato. Algumas vezes, com o conjunto de julgamentos de fato, que ele obteve, apenas comunica ao juiz o que a sua especialidade lhe aponta, de modo que o julgador se habilite a deduzir as conseqUências necessárias ao pronunciamento da sentença. Outras vezes, a função do perito vai mais longe: aplica princípios, ou enunciados particulares, ou simples receitas da sua técnica, a julgamentos de fato já estabelecidos, conforme a narração das partes, o depoimento das testemunhas e outros meios probatórios, ou apenas supostos, para que, no caso de serem aceitos pelo juiz como verdadeiros, já esteja preparado o trabalho pericial sobre eles. Não raro, o perito recebe o encargo de fixar determinado fato e comunicá-lo, em seus resultados, ao juiz, quase em substituição completa do juiz, devido à estrita especialidade dos conhecimentos requeridos. Por exemplo: o diagnóstico do médico; o laudo do engenheiro, sobre o desabamento de muralha em grande açude, ou a causa do rachamento da parede de um edifício; ou do químico, sobre a composição

química de certo veneno. É erro dizer-se que a perícia concerne à inspeção ocular. A perícia abrange todos os sentidos, inclusive o muscular, e vai muito além deles, porquanto inclui todos os meios conhecidos de pesquisa científica ou técnica. Seja como for, o perito auxilia o juiz, na investigação

dos fatos, ou na apreciação deles, sem julgar, no sentido processual, sem que qualquer dos seus enunciados obtenha o caráter de definitividade, que só os despachos e as sentenças do juiz têm. Dai o princípio da não-adstrição do juiz ao laudo pericial.t67 O próprio perito, no caso de repetição da perícia, não está adstrito ao que antes lhe parecera, posto que moralmente e crímínalmente não lhe caiba falsear, antes ou depois. O que não existe, para ele, é preclusão, como para decisões do juiz.

*(b)* Enquanto o escrivão documenta, ordena e guarda os autos, o perito exerce mais do que essa função material, automática, instrumental, que compete aos cartórios. Enquanto o oficial de justiça executa o ato do juiz, ou o ato que a lei lhe cometeu, para dispensar o mandado judicial, o perito executa o que o juiz quer que ele pratique, o ato é *seu*, como auxílíar do juiz, e não ato do juiz. A sua atividade distingue-se, portanto, da atividade do escrivão, que, quando muito, adquire certa autonomia no impulso do processo, ou da atividade do oficial de justiça, que é a pessoa executiva mais característica da organização judiciária. Entre o juiz, o escrivão, o oficial de justiça, o perito e o intérprete existe de comum o serem órgãos da jurisdição, razão por que podem esses ser recusados, por impedimento ou suspeição , nos mesmos casos em que o podem ser o juiz, o escrivão e o oficial de justiça (art. 138, III e IV). Ao conjunto de enunciados que o perito apresenta, ou o só enunciado, em forma de parecer, ou declaração escrita, chama-se *laudo,* cujas diferenças, em relação às decisões do juiz e aos laudos arbitrais são estudadas quando falarmos das sentenças. O

laudo pericial assume, na economia do feito, o papel que decorre da função confiada, no caso, ao perito, e do valor objetivo ou apreciativo que advenha das suas declarações.

*(c)* Em confronto com a testemunha, o perito apresenta características relevantes. A testemunha percebeu os fatos antes do processo, independentemente de qualquer suspeita de que o processo viesse a ser instaurado. O perito percebe os fatos, depois. E é o processo que o chama o percebê-los, e a prestar, a respeito deles, as suas comunicações. A perícia nasce do processo, durante ele e para ele.

Além disso, enquanto a testemunha informa sobre o que foi sensorialmente percebido por ela, o perito vai perceber o que lhe apontam para ser periciado, e comunica ao juízo julgamentos de fato, resultado da sua atividade intelectual, ao trabalhar com esses fatos, inclusive quanto à aplicação de princípios e leis científicas ou da experiência comum. A testemunha não passa da narração, e dela não deve passar, salvo quando,interrogada, se lhe pede que explique os fatos testemunhados, porém, mesmo em tais casos excepcionais, mais próprios para se pesar o valor do testemunho, os julgamentos feitos por ela são secundários. Ainda mais: é sempre limitado o número de pessoas que assistiram a algum fato, ou a fatos, objeto do litígio, ao passo que muitas são as pessoas, e trocáveis umas pelas outras, que podem ser peritos, ou perito de um processo. Tal fungibilidade subjetiva lhes provem da posterioridade da percepção, em contraposição à anterioridade processual da percepção testemunhal.

Como a vida resiste à rigidez das categorias, às vezes qualidades de testemunha e qualidades do perito se juntam na mesma pessoa. Assim (1), quem assistiu a certo fato, podendo sobre ele testemunhar, pode estar em sítuaçao de comunicar ao juiz o que, em virtude dos seus conhecimentos especiais de ciência, arte, tecnologia, ou outro ramo de atividade humana, concluiu da sua inspeção anterior ao processo. Aí estão reunidas a *anterioridade da percepção* em relação ao processo, peculiar à testemunha, e a *informação pericial*, ocasionalmente anteposta ao processo. Tal pessoa soma a qualidade de testemunha e a de perito. No sistema do Código de Processo Civil, é frequente haver testemunha, com esse valor a mais de atendibilidade. (2) No flagrante delito, a percepção faz-se no presente. Outro caso (3) é o de quem, nomeado perito, tem de investigar acontecimento passado, a fim de declarar, com os seus conhecimentos periciais, como interpreta ou explica o que se passou e não deixou traços. Tal personalidade é perito, e não testemunha. Tratando-se da morte de alguém, ou de desabamento, cujos elementos causais se obliteraram como indícios, o médico assistente ou que apenas viu, antes de morrer, a pessoa, ou o engenheiro ou simples particular que observou a construção, não tendo sido nomeados peritos, são simples testemunhas e como tais considerados, em juízo, para todos os efeitos.

As leis de organização judiciária nada têm a ver com os impedimentos dos peritos, salvo se oficiais, isto é, estatalizados.

*Art. 1* 45.’~ *Quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou*

*científico* '), *o*

168 O art. l"da Lei n0 7.270, de 10.12.84, acrescentou estes três parágrafos ao art. 145: "§ l'Os peritos serão escolhidos entre profissionais de nível universitário, devidamente inscritos no órgão de classe competente, respeitado o disposto no Cap. VI, seção VII, deste Código. § 20 Os peritos comprovarão sua especialidade na matéria sobre que deverão opinar, mediante certidão do órgão profissional em que estiverem inscritos. Nas localidades onde não houver profissionais qualificados que preencham os requisitos dos parágrafos anteriores, a indicação dos peritos será de livre escolha do juiz." *juiz será assistido por perito, segundo o disposto no artigo 4212)*

1. Assistência técnica e perícia *Perícia* é o exame, com operação de ordem técnica, que leve a conclusões sobre o estado de pessoa ou de coisa, ou o valor da coisa, em conseqüência de algum ato ou fato. Tanto pode referir-se a erro, ou causa de dano, como o que do erro resultou ou o valor do dano; é à própria ofensa a integridade física, moral ou psíquica, ou ao estado físico ou psíquico da pessoa. A perícia é meio de prova. Às vezes, a finalidade é a amostra de alguma causa (fato lícito ou ilícito ou ato ilícito) ou a avaliação, ou arbitramento. A vistoria é perícia. Há, na perícia, comunicação de conhecimento, mas inconfundível com a comunicação de conhecimento que há no depoimento das testemunhas. Essa concerne a ato do passado, mas o próprio conhecimento, que ora se comunica, vem do passado, até muito diferente da assinatura de testemunhas de direito material que assinam a escritura pública ou o instrumento particular. Ao perito mostra-se o que lá está, mas ele comunica o que passou a saber e tem eficácia probatória inconfundível com a da testemunha do ato que ocorreu no passado. O perito não diz que assistiu ao que se passou; diz o que é que ele agora conheceu. O perito auxilia a justiça, assiste.

O § 1" não obriga a escolha de profissionais de nível universitário, inscritos no órgão de classe, se não existirem na sede do juízo, ou se os que existirem não tiverem qualificação para a prova especifica, caso em que incide o § 3O~ Na hipótese do art. 434, cuja redação o arI. 10 da Lei 00 8.952 alterou, apenas para dispensar o compromisso, os técnicos dos estabelecimentos oficiais especializados terão preferência sobre os profissionais universitários de que trata o § 1", ainda quando não satisfaçam o requisito desse dispositivo.

A comprovação da especialidade na matéria (§ 20) não é necessária,

presumindo-se seja o perito qualificado por sua simples nomeação. O juiz pode, entretanto, prudentemente, de ofício ou a requerimento, solicitar a uma ou mais pessoas que tragam aos autos a sua qualificação, antes de fazer a designação, caso em que ouvirá as partes. A certidão do órgão profissional não faz prova absoluta da especialidade: *e.g.*, médico e inscrito no respectivo Conselho, não serve o oftalmologista para proceder à perícia ortopédica . A nomeação deve ser casuística. cabendo agravo do respectivo despacho.

Se, na localidade, não houver profissionais qualificados, pode o juiz designar perito, dentre as disponíveis, pessoa com esclarecimentos suficientes para elaborar o laudo. Assim se interpreta o § 30 Dependendo das singularidades da perícia, pode o juiz determinar que ela se faça, em outra comarca, através de precatória, ou carta de ordem, ou mesmo rogatória (art. 202 e ss.), mas sob a fiscalização do juiz deprecado ou rogado. Nada obsta a que o juiz nomeie pessoa jurídica para a perícia, hipótese em que responsável por ela será o seu representante, na forma dos atos constitutivos, ou da lei. Também não há impedimento de que o juiz convoque perito não domiciliado na sede do juízo, contando que se possa remunerá-lo (art. 33, 2 parte, acrescido de um parágrafo único pelo art. 10 da Lei n0 8.952, de 13.12.94, pelo qual o juiz pode determinar o pagamento dos honorários do perito e autorizar sua liberação parcial).

O assistente técnico também tem função pericial, como ocorre com o engenheiro que examina o desabamento e chega a conclusão sobre a causa ou as causas, como o médico que verifica o que se passa com a pessoa e conclui com a afirmativa ou a negativa de que ela está mentalmente insana, ou de que está grávida, ou foi deflorada, ou está com moléstia grave, ou que o dano, que sofreu, proveio de acidente do trabalho, ou que foi a ventania ou a chuva que arrastou o carro para o rio, e não alguém que o empurrou.

O art. 145 fez claro que o conceito de perito, que dele consta, é amplo,pois apenas fez depender de “conhecimento técnico ou científico”, conhecimento que ele tem de comunicar. Exame, vistoria e avaliação são atos periciais, que servem à prova. Se à prova do fato ou dos fatos não é necessária a perícia, ou porque com o exame do fato ou dos fatos nada tem a prova, ou dela não depende, ou se é impraticável, não cabe a perícia. Passa-se o mesmo se as provas que se produziram bastam ao julgamento (cf. art. 420).

2. Pressuposto para a perícia Para que seja chamado o perito, é preciso que, para

a prova do fato, seja necessário o perito (= “a prova do fato depende de conhecimento técnico ou científico”). Se há outras provas que poderiam bastar, mas convém que se reforcem, pela dúvida ou pelas dúvidas que podem surgir, há dependência eventual, mas seria um tantq perigoso afirmar-se a independência.

A perícia pode consistir em operação contabilística, ou em operações contabilísticas, que podem consistir em exame de livros, ou em cálculos, ou em apreciação de documentos.

Enquanto os arts. 145-147 falam do perito, como há de atuar no processo e qual a sua responsabilidade, os arts. 420-439 são dedicados à prova pericial e os arts. 440-443 à inspeção judicial.

No art. 145 diz-se que o juiz será assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico. Cabe ao juiz verificar se é necessário à perícia, isto é, a colaboração do assistente. Não está ele adstrito ao laudo pericial para se convencer, pois pode haver outros elementos ou fatos provados nos autos (art. 436). E pode ser que a perícia não basta e tenha de determinar, de oficio ou a requerimento da parte, nova perícia (art. 437). Se há provas produzidas que façam desnecessária a perícia, o juiz não a determina (art. 420, parágrafo único, II); idem, se impraticável (art. 420, parágrafo único, III), ou se não depende do conhecimento especial do técnico (parágrafo único, 1).

O perito pode ser impedido ou suspeito (arts. 138, III, 134 e *135),* ao que alude o art. 423.

*Art. 146. O perito tem o dever’) de cumprir o ofício, no prazo que lhe assina a lei, empregando toda a sua diligência; pode, todavia, escusar-se do encargo alegando motivo legítimo.*

*Parágrafo único. A escusa 2> será apresentada, dentro de cinco (5) dias contados da intimação, ou do impedimento superveniente ao compromisso, sob pena de se reputar renunciado o direito a alegá-la (art. 423).*

1. Dever do perito Ao assumir a função, o perito tem o *dever de verdade,* o de exatidão nas considerações que faça, o de ser diligente nos atos que forem necessários ou úteis ao exame e às conclusões.

2. Escusa própria do perito O perito pode escusar-se do encargo,“alegando motivo legítimo” (art. 146, *2a* parte). Não se deu a faculdade ou o direito de escusar-se por “motivo intimo”, como ocorre com os juizes (art.135, parágrafo único).

“Motivo legitimo” é qualquer um dos que se mencionam no art. 134 (impedimentos) e no art. 135 (cf. art. 138, III).

Outrossim, o seu estado de saúde ou outro estado de necessidade.

Também pode ser motivo legitimo a necessidade do ausentar-se da comarca, ou do país, ou de atender ao que prometeu fazer (dar assistência a algo de urgente, terminar algo que não pode ser adiado). Ao juiz toca apreciar a escusa.

Se o perito não alega o motivo legítimo já existente dentro de cinco dias contados da intimação, não mais pode fazê-

lo. Se houver superveniência do motivo legítimo, então se conta o prazo desde que isso ocorreu. A intimação a que se refere o art. 146, parágrafo único, é a de que trata o art. 422: “O perito e os assistentes técnicos serão intimados a prestar, em dia, hora e lugar designados pelo juiz, o compromisso de cumprir conscientemente o encargo que lhes for cometido”.’69

169O art. 1” da Lei n0 8.455, de 24.08.92, alterou a redação do art. 422: “O perito cumprirá escrupulosamente o encargo que lhe foi cometido, independentemente de termo de compromisso. Os assistentes técnicos são de confiança da parte, não sujeitos a impedimento ou suspeição”.

Portanto, já não existe a prestação do compromisso, razão pela qual o art. 10 da Lei n” 8.952, de 13.12.94, alterou o *caput* do art. 434, dispensando o compromisso prestado perante o diretor do estabelecimento oficial especializado.

No art. 146, parágrafo único, fala-se de impedimento superveniente:

entenda-se qualquer motivo legitimo. Não se cogita, ai, do impedimento senso estrito (arts. 134, 136, 138 e § 10, 304, 312-314). A palavra “impedimento”, no art. 146, parágrafo único, é inadequada. Há muitos motivos legítimos que não são impeditivos, no sentido do art. 134, nem causa de suspeição (art. 135).

Quanto ao prazo, pode acontecer que o motivo legítimo seja tal que não possa a pessoa escusar-se dentro do prazo.

Tudo isso é assunto para a apreciação pelo juiz.

*Art. 147. O perito que, por dolo ou culpa '>, prestar informações inverídicas 2> responderá pelos prejuízos que causar à parte, ficará inabilitado, por dois (2) anos, a funcionar em outras perícias e incorrerá na sanção que a lei penal estabelecer.*

1. Dolo ou culpa do perito Se o perito, por dolo ou culpa, prestar informações inverídicas (comunicações de conhecimento falsas), é responsável pelos prejuízos que causar à parte, fica inabilitado, por dois anos, a funcionar noutras perícias e incorre nas penas que o direito penal estabeleça.

2. Informações inverídicas Informações inveridicas são as comunicações de conhecimento em que há infração do *dever de verdade.* Basta a culpa para que incida o art. 147. Dolo ou culpa, lê-se no Código de 1973. No de 1939, art.

131, § l~, falava- se de dolo ou culpa grave. Não basta a divergência de opiniões ou de pareceres para se dizer que as informações são inverídicas.

Se o perito, intencionalmente, algo apontou de inverídico, ou mesmo apresentou dados que não correspondem à realidade, dolosamente atuou. Se somente houve culpa, a lei estabelece o mesmo tratamento. Compreende-se isso, porque se trata de pessoa de que se espera pleno conhecimento da matéria. A responsabilidade é pelos danos causados à parte ou às partes e outras pessoas que constem do processo.

Quer tenha havido danos, quer não, há a sanção de inabilitação temporal. A vedação não só se relaciona com o juízo em que ocorreu a informação inveridica; é para qualquer juízo.

Além disso, há a lei penal, a que remete o art. 147.

Seção III

Do depositário e do administrador

*Art. 148. A guarda e conservação') de bens penhorados, arrestados, sequestrados ou arrecadados serão confiadas a depositário ou a administrador, não dispondo a lei de outro modo 2>*

1. Guarda e conservação de bens Os bens penhorados, arrestados, sequestrados ou arrecadados ficam sob a guarda do depositário, ou do administrador, que os há de conservar, salvo se alguma regra jurídica especial diferentemente estatui. Há certa confusão entre penhora e depósito. O devedor com quem ficam os bens penhorados não é depositário. Penhorados os bens, está perfeita a garantia pignoratícia, de modo que o dono dos bens não se transforma em depositário; apenas sofre o penhor. Enquanto o Código de 1973, art. 668, acertadamente falou de substituição do bem penhorado por dinheiro, em vez de referir-se, como fizera o Código de 1939, art. 949, a depósito de dinheiro para levantamento da penhora, escorregou para o erro do art. 666, *verbis* "se o credor não concordar em que fique como depositário o devedor". Nada justifica que se tenham de entregar a depositário judicial móveis e imóveis urbanos (art.

666, II) e a depositário particular os demais bens (art. 666, III). Passa-se a chamar depositário quem sofreu nos bens a penhora. Temos de voltar ao assunto a despeito de se ter dilatado, tão exageradamente, o conceito de depósito, e de se deturpar o conceito de penhora. Penhorar é exercício de um direito de penhor que se insere na pretensão à tutela jurídica e fica ao lado do direito de penhor negocial e do direito de penhor legal. Quando se entrega a um banco o dinheiro penhorado, o que ocorre é guarda em consignação para o caso de se efetuar a execução, e não depósito, senso próprio.

Quanto ao "não dispondo a lei de outro modo" pode isso constar do Código de 1973, ou de outra regra jurídica. No Código de 1973, o art. 666, 1, diz-se que, se o credor não concordar em que fiquem com o devedor as quantias em dinheiro, as pedras e metais preciosos e os papéis de crédito, têm de ser depositados nos estabelecimentos que se mencionam. A finalidade é a de não haver extravio ou deterioração.

Pode acontecer que também se trate de administração de estabelecimento (arts. 677-679).

É inconfundível como depósito dos arts. 146-1500 *depósito negocial,* que consta das leis de direito material. Mesmo se o credor concorda com ser depositário o

devedor, não se há de pensar em negócio jurídico de depósito.

Surge problema sobre a posse do depositário. Se o depósito é regido pelo direito material, negócio jurídico há, e há a posse imediata pelo depositário. Quanto a negar-se que o depositário, que exerce *múnus* público, tenha posse imediata, é cometer-se erro grave, sem se atender ao que os cientistas, através de investigações, assentaram. O

administrador da massa concursal é possuidor, pelo fim mesmo da sua função, que é a de representar o insolvente (Lippmann, Rechtliche, Stellung des Konkursverwalters, *Jheringsiahrbiicher,* 41, 113 s.). O devedor passa a ser possuidor mediato (L. Bartels, Ausftihrungen zur Besitzlehre, *Gruchots Beltrage,* 42, 645 s.; H. Hoos, *BezUzewerb undBesitzerhaltung,* 93; sem razão Lothar Von Seuffert, *Deutsches Konkursprozessrecht,* 283).

2. Posição do titular dos direitos sobre os bens Se os bens penhorados, sequestrados ou arrestados ficaram com o titular dos diretos sobre eles, e tal titular tem a posse imediata, a eficácia da penhora, do sequestro ou do arresto não precisa de depósito, pois a relação jurídica processual oriunda da penhora, do sequestro ou do arresto já existe e os deveres de guarda e conservação não dependem de qualquer nova relação jurídica, que seja a de depósito. Se A penhorou os seus relógios e demais jóias em algum estabelecimento de crédito real, nenhuma relação jurídica entre ele e o estabelecimento é de depósito.

Tem o depositário legitimação e dever de defender a sua posse. Se há alguma perturbação por figurante do processo ou por terceiro, toma as medidas imediatas necessárias, comunicando-o ao juiz, ou lho comuniica com intuito de promover as ações possessórias. Aos que lhe negam a posse erram palmarmente *(e. g.,* Amilcar de Castro, *Comentários,* X, Tomo U', 2a ed., 235 s.; Celso Agrícola Barbi, *Comentários,* 1, Tomo II, 607 s.). O depositário, a que se turba ou se esbulha a posse imediata, dita direta, tem legitimação à ação possessória, sem precisar de qualquer colaboração de quem o nomeou depositário (nosso *Tratado de Direito Privado,* X, 101 e 426). O depositário judicial de bens arrestados, sequestrados e semelhantes é possuidor imediato. A afirmativa de que o depositário não tem posse imediata, e sim apenas tença, é absurda.

*Art. 149. O depositário ou o administrador perceberás por seu trabalho, remuneração que o juiz fixará, atendendo à situação dos bens, ao tempo do*

*serviço e às dficuldades de sua execução’).*

*Parágrafo único. O juiz poderá nomear, por indicação do depositário ou do administrador, um ou mais pre postos).*

*Art. 150. O depositário ou o administrador responde pelos prejuízos que, por dolo ou culpa, causar à parte, perdendo a remuneração que lhe foi arbitrada; mas tem o direito a haver o que legitimamente despendeu no exercício do encargo3).*

1. Depositário ou administrador dos bens O depositário ou administrador dos bens tem direito, por seu trabalho, a remuneração que o juiz fixará, atendendo à situação dos bens, ao tempo de serviço e às dificuldades no desempenho da função de guarda e conservação. O titular do direito sobre os bens, que continuou com a posse mediata ou mesmo imediata *(e. g.*, o devedor é locador do bem penhorado, sequestrado ou arrestado) nenhum direito tem a remuneração porque não é depositário, apenas sofre a medida cautelar ou executiva.

No art. 149, diz-se que o juiz fixará a remuneração do depositário ou administrador. Se, porém, no regimento de custas ou algum outro texto legal se concebeu o critério para isso, tem o juiz de atendê-lo.

2. Prepostos O art. 149, parágrafo único, permite que, por indicação do depositário, ou do administrador, o juiz nomeie um ou mais prepostos. Havemos de entender que está o juiz com o dever de verificar, exigindo, se preciso, provas suficientes, se é necessária a preposição, o que no próprio requerimento há de alegar e provar o preponente. Se o não fez, tem de exigi-lo o juiz antes de decidir.

3. Responsabilidade do depositário ou do administrador O depositário ou o administrador responde pelos prejuízos que, por dolo ou culpa, causou ou causa à parte ou às partes *(e. g.*, o credor pode ter sofrido prejuízo com a insuficiência que adveio, por dolo ou culpa do depositário ou administrador, para a solução da dívida).

Perde a remuneração. Tem de indenizar o interessado ou os interessados, e somente após a fixação do quanto devido para a reparação se deduz

Seção IV

Do Intérprete

*Art. 151. O juiz nomeará* 2> *intérprete') toda vez que o repute necessário para: Ianalisar documento de entendimento duvidoso, redigido em língua estrangeira; II verter em português as declarações das partes e das testemunhas que não conhecerem o idioma nacional; III traduzir a linguagem mímica dos surdos-mudos, que não puderem transmitir a sua vontade por escrito.*

1.Intérprete *Intérprete* é quem traduz o que a parte, assistente, testemunha ou outra pessoa que tenha de exprimir-se no processo, manifestação para que, em língua portuguesa,'70 todos os interessados no pleito entendam. Para que se nomeie intérprete, é preciso que tal nomeação seja necessária, no todo ou em parte. Uma das funções que a lei lhe atribui é a de "analisar documento de entendimento duvidoso, redigido em língua estrangeira " (art. 151, 1). Aqui, já devemos acrescentar, *e. g.,* o que e redigido em símbolos ou sinais que não sejam de conhecimento dos figurantes do processo, inclusive do juiz. Aí, não se trataria de perícia, mas de simples interpretação (= tradução). Se as partes, em sentido amplo, não podem exprimir-se em língua portuguesa, ou se isso ocorre com alguma testemunha, ou algumas testemunhas, tem-se de nomear intérprete para que se conheça o que disseram as panes ou as testemunhas, ou mesmo o que eles escreveram (art. 151, II). Também se há de nomear intérprete se alguma parte, ou algumas partes são surdas-mudas, ou se o são testemunhas, ou algumas o é, salvo se podem escrever.

O intérprete auxilia a comunicação entre partes, testemunhas e o próprio juiz. No art. 157 há referência a tradutor, que exerce profissão, porém não é auxiliar do juízo. Quando o art. 157 diz que somente se pode juntar aos autos documento redigido em língua estrangeira, se acompanhado

170 Const. 88, art. 13: "A língua portuguesa ~ o idioma oficial da República Federativa do Brasil".

de tradução em vernáculo, apenas exige que o documento tenha sido traduzido por tradutor juramentado.

Acontecendo que a tradução seja de entendimento duvidoso, o juiz, a despeito de

provir de tradutor juramentado, pode nomear intérprete que analise o documento (art. 151, 1). Na Lei n0 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei sobre Registros Públicos), estão sujeitos a registro de títulos e documentos todos os documentos de procedência estrangeira, acompanhados das respectivas traduções, para produzirem efeitos em qualquer instância, juízo ou tribunal (art. 129, §

6o).l71 O assunto pertence ao Decreto n0 13.609, de 21 de outubro de 1943 e a posse só se dá mediante assinatura do competente termo de compromisso (art. 11, parágrafo único).’72

2. Nomeação do intérprete Não só se nomeia o intérprete para os casos do art. 151. Pode acontecer que se tenham de pôr em diálogo ou em interrogatórios panes ou testemunhas e uma delas ou algumas não falem a língua de outra, caso em que pode bastar um intérprete para todas as duas ou mais, ou ter o juiz de nomear dois ou mais intérpretes.

No caso do art. 151, 1, qualquer das partes ou qualquer das pessoas que figurem no processo e tenham interesse na providência do art. 151, 1, pode suscitar a nomeação. Trata-se de requerimento, em que há de mostrar a dúvida ou as dúvidas que tem. De ordinário, cabe o juiz, uma vez que reputa necessária a medida.

Se o próprio juiz pode afastar dúvidas quanto a documento, redigido em língua estrangeira, não é preciso que nomeie intérprete. Se há declarações das partes ou de testemunhas, que não falam português, o juiz bem as compreendeu, não necessita de intérprete. Dá-se o mesmo se pode entender a linguagem mímica dos surdos-mudos, posto que seja raro os juizes conhecerem a linguagem dos surdos-mudos. As perguntas feitas pelo juiz e pelas partes têm de ser traduzidas pelo intérprete ou pelo juiz. Às respostas dos surdos-mudos tem-se de dar a mesma ao intérprete ou ao juiz.

*Art. 152. Não pode2) ser intérprete’) quem:*

*1não tiver a livre administração dos seus bens;*

*11 for arrolado como testemunha ou serve como perito no processo;*

171 Não se trata do ~ 60, mas do inciso 60, ordinal com numeração arábica.

172O Decreto n0 13.609, de 2 1.10.43, estabeleceu regulamento para o ofício de tradutor público eintérprete comercial no território da República, mas a escolha do interprete de que trata o art. 151

é do juiz e não precisa recair nas pessoas referidas nesse decreto.

*Art. 153. O intérprete, oficial ou não, é obrigado a prestar o seu ofício* 3), *aplicando..seqhe 4) o disposto nos arts.*

*146 e 147.*

1. Pressupostos para a nomeação de intérprete Em primeiro lugar, a lei exige que a pessoa a ser nomeada ou que haja de prosseguir na função tenha a livre administração dos bens. Se é testemunha, ou perito, no processo, não pode ser intérprete. Pergunta-se: se for parte? Também não. Cumpre ter-se em consideração que, além de tais elementos de incapacidade funcional, há os impedimentos e suspeições que também atingem os intérpretes (art. 138, IV).

Devemos entender que o intérprete tem de prestar compromisso. Não bastam sua nomeação e a sua presença. Deve-se tratar o intérprete como se trata o perito (art. 422).’~~

O art. 152 mostra os casos em que a pessoa não pode ser intérprete; mas há circunstâncias primordiais, que são as que causam impedimento ou suspeição, referidas nos arts. 134 e 135, a que remete, a propósito do intérprete, o art. 138, IV. Os § § l~ e 20 são invocáveis.

2. Inabilitação ao exercício da profissão Sempre que de sentença penal condenatória, com eficácia imediata ou mediata de inabilitação ao exercício da profissão e enquanto durar tal eficácia, não pode o intérprete ser nomeado pelo juiz. Se o cargo era oficial, houve o afastamento. A inabilitação começa com o trânsito em julgado da sentença, mas a lei penal pode ter previsto efeito anterior.

3. Intérprete e dever de prestar o serviço Seja nomeado, ou seja oficial (único, ou escolhido pelo juiz), tem o intérprete de atender à função específica obedecidas as regras jurídicas sobre os prazos e ocomportamen to no processo. Assim como os peritos, tem o dever de diligência e exatidão, e só se pode escusar do encargo, seja intérprete oficial ou seja nomeado, se há “matéria legitima”, que alegue no

prazo de cinco dias, ou após o surgimento do óbice superveniente Quanto ao "motivo legítimo", dissemos o que era de mister sob o art. 146. No parágrafo único do art. 146 fala-se de prazo contado da superveniência do impedimento, mas pode acontecer que o fato seja tal que só após ele tenha chegado ao conhecimento. Por exemplo: entrou na causa como litisconsorte, ou assistente equiparado a litisconsorte,algum parente que caiba no art. 135, V.

Se o caso é de intérprete oficial, ou se o não é, há o dever de colaboração com o Poder Judiciário (art. 339). Se é oficial, há o dever de prestar aquilo que concerne à sua função e resulta da sua relação jurídica com a entidade estatal.

Se não é intérprete oficial, nem por isso se pode afastar se não ocorre alguma das hipóteses do art. 152, ou do art. 138.

Observe-se que o art. 133 é sobre atingirem o intérprete as regras jurídicas sobre impedimento (art. 134) e suspeição (art. 135).

O art. 147 também incide a respeito dos intérpretes. Quem traduz documento, ou transmite em língua nacional, sem que corresponda ao que está escrito, ou que foi dito, ou expresso em linguagem mímica de surdo-mudo, responde por culpa; *a fortiori*, se houve dolo. Se algum gesto, ou palavra, lhe parece intraduzível, tem de dizê-lo no momento, ou ao escrever o que traduziu. Dá-se o mesmo se ele não entende algum símbolo ou sinal.

Pode ocorrer que não haja na comarca, ou mesmo no Município, ou no Estado-membro, ou Território, quem possa servir de intérprete em determinados casos, como se ninguém da região conhece a língua; nada obsta, então, a que se nomeie pessoa de outro local, mesmo, excepcionalmente, se é de exigir-se, pessoa de Estado estrangeiro.

4.Escusa do intérprete O intérprete tem, conforme dissemos, o dever de cumprir o ofício. Se há, porém, algum

"motivo legítimo", pode alegá-lo, dentro de cinco dias contados da intimação, ou do óbice superveniente ao compromisso (art. 146 e parágrafo único). Se, por dolo ou culpa, algo prestar de inverídico e causar prejuízo, responde perante a parte; e fica inabilitado, por dois anos, a funcionar como intérprete, e sofre a sanção que a lei penal estabelece (art. 147).