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 IV 163(Arts. 282-443)

DO PROCEDIMENTO ORDINÁRIO

Capítulo 1

DA PETIÇÃO INICIAL

1)Petição inicial, conceito e natureza

2)Petição e citação

Seção 1

Dos Requisitos da Petição Inicial

Art. 282

1)Requisitos da petição

2)Relação jurídica entre autor e Estado, e entre Estado e réu 3)Individuação do autor e do réu

4)Fatos e regra jurídica

5)Pedido com as suas especificações

6)Valor da causa

7)Meios de prova

8)“In ius vocativo”

9)Construção da relação jurídica processual

10)Exigência de cópias

Art. 283

1)Produção de documentos

2)Proposição e execução da prova

3)Impedimento ou demora

4)Documentos em poder do réu ou de outrem

Art. 284 e parágrafo único 28

1)Providências para emenda ou complemento de petição inicial

2)Indeferimento da petição inicial

Art. 285

1)Ordem para a citação

2)Cominação

28

28

29

29

30

Seção II Do Pedido

1)Início do processo

2)“Petitum”e “causa petendi”

Art. 286

1)Qualidade do pedido e espécies do pedido

2)Expressão e determinação

3)Concludência

4)Pedido genérico

5)Universalidade de bens e pedidos

6)Ato ou fato ilícito

7)Ato a ser praticado e valor da condenação

8)Exaustividade da enumeração

Art. 287

1)Prestação de abstenção e prestação de fato

2)Conceito de cominação

3)Carga de eficácia sentencial

4)Ação de abstenção e ação cominatória

5)Pretensão à nivelação e ação cominatória

Art. 288 e parágrafo único

1)Alternatividade

2)Escolha e a quem cabe

Art. 289

1)Pedidos sucessivos

2)Alcance da regra jurídica

Art. 290

1)Prestações periódicas

2)Condenação e execução da sentença

3)Execução e prestações periódicas

4)Consignação em pagamento

Art. 291

1)Obrigação indivisível

2)Litisconsórcio e despesas

3)Despesas

Art.292e~J.0e2.~

1)Cumulação de pedidos

2)Compatibilidade dos pedidos

3)Competência do juízo

4)Tipo de procedimento

5)Cumulação em rito ordinário

6)Espécies de cumulação objetiva de pedidos

7)Concorrência interior do pedido

Art. 293

1)Interpretação do pedido

2)Juros legais

Art. 294 e parágrafo único

1)Aditamento de pedido

2)Custas acrescidas

3)Petição inicial omissa

4)Separabilidade

Seção III

Do Indeferimento da Petição Inicial

Art. 295 e parágrafo único

1)Causas para indeferimento da petição

2)Requisitos e falta de requisitos

3)Inépciadapetiçâo

4)Ilegitimidade manifesta da parte

5)Interesse processual

6)Decadência e prescrição

7)Tipo de procedimento

8)Rito do processo

9)Informes de endereço

10)Outros requisitos

11)Quando é inepta a petição

12)Despacho de deferimento ou de indeferimento

13)Inépcia e causas

14)“Petitum” e “causa petendi”

15)Conclusão ilógica

16)Possibilidade jurídica

17)Incompatibilidade de pedidos

18)Sorte dos pedidos incumuláveis

Art. 296 e parágrafo único

1)Sentença de indeferimento de apelação

2)Retratação

3)Encaminhamento ao tribunal

4)Presença do réu

5)Indeferimento da petição inicial e recurso

6)Citação do réu, se houve apelação

7)Intimação do procurador

8)Réu citado sem ter constituído procurador

9)Eficácia da citação

10)Procurador e intimação

Capítulo II

DA RESPOSTA DO RÉU

Seção 1

Das Disposições Gerais

1)Resposta do réu

2)Pluralidade subjetiva e pluralidade de ações

Art. 297 e art. 298 e parágrafo único

1)Defesa do réu e prazo

2)Pluralidade de réus

3)Desistência da ação

Art. 299

1)Peças autônomas

2)Desapensação

Seção 11

Da Contestação

1)Contestação

Art. 300

1)Requisitos da contestação

2)No passado e no presente

3)Falta ou omissão de contestação

Art. 301 e~ 1”~ 2”. 3”e 4”

1)Ordem das matérias da contestação

2)Alegação de inexistência ou nulidade da citação

3)Inexistência ou nulidade da citação, incompetência absoluta e inépcia da petição inicial 4)Perempção

5)Litispendência

6)Coisa julgada

7)Conexão

8)Incapacidade da parte e falta ou defeito de representação legal ou negocial 9)Compromisso arbitral

10)Inacionabilidade

II)Prestação exigida para a propositura da ação

12)Reprodução de ações idênticas

13)Pronunciamento de ofício

Art. 302 e parágrafo único

1)“Quaestiones facti” e contestação

2)Origem subjetiva da impugnação à exposição dos fatos pelo autor 3)Exceções à regra da veracidade presumida

Art. 303

1)Depois da contestação

2)Permissão e alegação

3)Conhecimento judicial de ofício

4)Alegações a qualquer tempo e juízo

1)Exceções e processo

2)Objeção e exceção

3)Alcance das regras jurídicas

4)Oposição das exceções processuais

5)Prazo para a oposição das exceções

6)Exceção de incompetência, de impedimento ou de suspeição

7)Indicação necessária do juízo competente; incompetência superveniente àcognição e recursos Art. 304

1)Competência relativa, impedimento e suspeição

2)Partes e incompetência relativa do juiz, impedimento ou suspeição Art. 305

1)Tempo em que se opõe a exceção de incompetência, de impedimento e de suspeição 2)Exercícios em qualquer tempo, ou grau de jurisdição

Art. 306

1)Suspensão do processo

2)Rejeição liminar e julgamento de improcedência

3)Despacho liminar

4)Eficácia da suspensão do processo

5)Prazo insito

Subseção 1

Da Incompetência

1)Exceção de incompetência

Arts.307e 308

Arts. 309, 310 e 311

1)Petição devidamente instruída . .

2)Conclusão dos autos e manifestação do

3)Prova testemunhal

4)Improcedência manifesta da exceção

5)Prova exigida e prazo para a sentença

6)Deferimento do pedido

7)Suspensão e julgamento excepto

2)Suspeição do juiz e exceção

Art. 313

1)Consignação da causa de impedimento ou de suspeição

2)Autor a que se revela, quanto a ele, o impedimento ou suspeição do juiz
3)Procedimento da exceção de impedimento ou de suspeição e decisão a respeito
4)Despacho

5)Substituto do juiz

6)Julgamento no Tribunal

7)Processo das exceções de impedimento ou de suspeição na superior instância
8)Irrecorribilidade dos atos do juiz

Art. 314

1)Condenação nas custas

2)Impedimento duradouro ou temporário e suspeição duradoura ou temporária
Seção IV

Da Reconvenção

1)Conceito de reconvenção

2)Criação histórica da reconvenção

3)Reconvenção e compensação

4)JustiçadoTrabalho

Art.315 e~1.”e2.”

1)Ação do réu

2)Reconvenção e exceção

3)Liame entre a ação e a reconvenção

4)“lus reconveniendi”

5)Quando há de ser proposta a reconvenção

6)União das petições e simultaneidade dos processos

7)Reconvenção à reconvenção

8)Relação jurídica processual da ação

9)Principio da identidade bilateral

10)Preexclusão da reconvencionalidade

Art. 316

1)Contestação da reconvenção

2)Intimação do autor

3)Recurso da decisão que não admite a reconvenção

Art.317

1)Desistência da “ação”

2)Renúncia da ação

Art. 318

1)Sentença única

2)Separação dos julgamentos

3)Recurso

4)Unidade só formal da sentença

Capítulo ifi

DA REVELIA

1)Conceito de revelia

193

2)Quando se estabelece a revelia

3)Comparência do revel

4)Marido revel

Art. 319

1)Alegação e verdade

2)Suposição da verdade da alegação

Art. 320

1)Limitação à incidência do art. 319

2)Pluralidade de réus

3)Direitos indisponíveis

4)Prova por instrumento público

5)Advogado, dativo, curador especial e órgão do Ministério Público Art. 321

1)Alteração de pedido

2)Ação declarativa incidental

Art. 322

1)Intimação

2)Entrada no processo

3)Recursos e ação rescisória

202

202

204

204

204

205

205

205

208

Capitulo IV

DAS PROVIDÊNCIAS PRELIMINARES

1)Providências preliminares

2)Juiz e escrivão Art. 323

1)Prazo para a resposta

2)Escrivão

3)Prazoparaojuiz

211

211

211

211

211

211

Seção 1

Do Efeito da Revelia

Art. 324

1)Revelia

2)Contestação

Seção II

Da Declaração Incidente

Seção II

Do Saneamento do Processo

Art. 325

1)Ação declarativa incidental

2)Outras espécies

213

213

220

Seção III

Dos Fatos Impeditivos Modificativos ou Extintivos do Pedido

Art. 326

1)Reconhecimento, impedimento, modificação, ou extinção

2)Prazo e produção de provas

220

220

221

Art.331e~1~e2~

1)Conceito de saneamento do processo

2)Precisões

3)Conteúdo do saneamento

4)Conciliação e saneamento

5)Conciliação e direitos disponíveis

6)Conciliação e direito indisponíveis

7)Audiência de conciliação

8)Realização da audiência

9)Comparecimento ou ausência das partes

10)Conciliação e sentença

11)Frustração da tentativa e despacho saneador

12)Fixação dos pontos controvertidos

Seção IV

Das Alegações do Réu

Art. 327

Art. 328

1)Alegação do réu antes de discutir o mérito

2)Exame e saneamento

13)Questões processuais pendentes e eficácia preclusiva do saneador
14)Saneadore provas

15)Audiência de instrução

Capítulo VI

Capitulo V

DAS PROVAS

1)Conceito de prova

2)Prova e formação da prova

3)Livre apreciação da prova

4)Devere ônus

DO JULGAMENTO CONFORME O ESTADO DO PROCESSO

Das Disposições Gerals

Da Extinção do Processo

Art. 329

1)Declaração da extinção do processo

2)Extinção do processo sem julgamento do mérito

3)Extinção com julgamento do mérito

Seção II

Do Julgamento Antecipado da Lide

Art. 330

1)Técnica legislativa

2)Dispensa legal de saneamento e de audiência

1)Meio de prova

2)Fim da prova

Art. 332

1)Provas admissíveis em juízo

2)Direito material e prova

3)Finalidade da prova

4)Meios moralmente legítimos

Art. 333 e parágrafo único

1)Ônus da prova

2)Ônus da prova, quanto ao autor .

3)Ônus da prova, quanto ao réu . .

4)Convenção sobre prova

Art. 334

1)Fatos notórios

2)Afirmação e reconhecimento . .

3)Fatos incontroversos

4)Presunção legal de existência ou de veracidade

Art. 335

1)Falta de regras jurídicas e atitude do juiz

2)Experiências ou julgamentos da vida

Art. 336 e parágrafo único

1)Provas e audiência

2)Impossibilidade de comparência

Art. 337

1)Invocação de regra jurídica

2)Direito estadual e direito municipal

3)Direito estrangeiro

4)Direito consuetudináio

5)Determinação pelo juiz

Art. 338 e parágrafo único

1)Carta precatória e carta rogatória

2)Suspensão do processo

3)Despacho saneador e prova requerida antes dele

4)Suspensão do processo por acordo das partes

5)Suspensão do processo e suspensividade da carta

6)Prazo para cumprimento da carta precatória ou rogatória .

7)Suspensão do cumprimento

Art.339

1)Dever de verdade

2)Dados históricos

Art. 340 e Art. 341

1)Parte e deveres

2)Inspeção judicial

3)Ato determinado

4)Dever de terceiro

Seção II

Do Depoimento Pessoal

1)Depoimento pessoal

2)Tempo em que se depõe

Art. 342eArt. 343

1)Depoimento da parte

2)Determinação de ofício

3)Requerimento do depoimento pessoal

4)Intimação da parte para comparecer e depor

5)Pena de confesso .

6)Dever de dizer a verdade

7)“Confessio ficta”

8)Ônus de responder

9)Presunção oriunda do art. 343, § 20

10)Cominação de confissão

11)Confissão efetiva e confissão cominada

12)Impedimento

Art. 344 e parágrafo único

1)Interrogação da parte

2)Permissão de assistência

Art. 345

1)Falta de resposta

2)Evasivas

Art. 346

1)Resposta pessoal

2)Escrita e notas

Art. 347e parágrafo único

1)Torpezas e crimes

2)Estado ou profissão

3)Exceções à regra jurídica

Seção III Da Confissão

1)Conceito de confissão

2)“Animus confitendi”

3)Confissão, ato jurídico “stricto senso”

4)Confissão verbal

5)Insanabilidade do defeito de forma pública

Art. 348

1)Definição e alcance de confissão

2)Partes ou pessoas equiparadas às partes

3)Depoimento pessoal e confissão

4)Só se confessa fato

Art. 349 e parágrafo único

1)Confissão judicial espontânea e provocada

2)Inclusão nos autos

3)Poder especial para confessar

Art. 350 e parágrafo único

1)Prova contra o confitente

2)Eficácia da confissão judicial

3)Cônjuge e confissão

4)Eficácia da confissão e parte beneficiada

Art. 351

1)

2)

Direitos indisponíveisIndisponibilidade do direito e comunicação de conhecimento Art. 352 e parágrafo único

1)Erro na confissão

2)Dolo ou violência sofrida pelo confitente

3)Desconstituição da confissão

4)Ação rescisória de confissão

5)Anulação

6)Sucessão

Art. 353 e parágrafo único

1)Direito material

2)Confissão extrajudicial

3)Valor probatório

4)Confissão verbal

Art. 354

1)Indivisibilidade e confissão

2)Adições e limitações

3)Fatos e circunstâncias

4)Cisão e elementos confessórios e assertórios

Seção IV

Da Exibição de Documento ou Coisa

1)Documento ou coisa e exibição

2)Exame do documento ou da coisa

Art. 355

1)Legitimação ativa

2)Exibição de coisa, na doutrina anterior

3)Exibição interior e exibição preventiva ou cautelar

4)Estado de direito e exibição

5)Decisão sobre o pedido de exibição

Art. 356

1)Exibição, procedimento probatório

2)Individuação ou descrição

3)Conteúdo do documento e interesse

4)Indicação dos fatos a serem provados

5)Existência do documento

Art. 357

1)Resposta

2)Atitude do intimado à exibição

Art. 358

1)Exibição compulsória ou direito à exibição

2)“Obligatio exhibendi”

3)Referência ao documento pelo que o tem em seu poder

4)Documento comum

5)Conteúdo comum do documento

6)Documento feito no interesse de alguém, ou de duas ou mais pessoas Art. 359

1)Documento indispensável não exigido

2)Verossimilhança e prova

3)Confirmação ou destruição das alegações

4)Desatendimento à ordem de exibição

5)Dever de exibir

6)Apreciação das circunstâncias

7)Inutilização do documento a ser exibido

8)Interpretação da lei e direito penal

Art.360 e361

1)Documento em poder de terceiro

2)Terceiro obrigado à exibição

3)Juiz e terceiro em poder de quem está o documento

4)Designação de audiência

5)Exibição de coisa

Art. 362

1)Recusa sem justo motivo . .

2)Responsabilidade do terceiro

Art. 363 e parágrafo único .

1)Razões para a escusa de exibição

2)Negócios da própria familia .

3)Dever de honra

4)Publicidade de documento. .

5)Segredo profissional

6)Estado da pessoa

7)Motivos graves

8)Motivo justo só referente a uma parte do documento

SeçãoV

Da Prova Documental

1)Juntada e produção de documentos

Subseção 1

Da Força Probante dos Documentos

1)Força probante .

2)Prova no processo

Art. 364

1)Documento público

2)Fatos referidos .

Art. 365

1)Certidões textuais

2)Certidões360

3)Certidões e traslados

4)Autenticidade e falta de autenticidade

5)Cópias e extratos

6)Valor probatório menor

Art. 366

1)Instrumento público como elemento essencial

2)Falta de instrumento público

3)Exigência negocial

Art. 367 e Art. 368 e parágrafo único

1)Subscrição pelos figurantes

2)Declaração em instrumento particular

3)Declaração de conhecimento e declaração de vontade

Art. 369

1)Firma reconhecida

2)Reconhecimento de firma sem ser na presença

Art.370

1)Dataeprova

2)Data e terceiros

Art. 371

1)Autor do documento particular

2)Documentos sem assinatura

Art. 372 e parágrafo único

1)Prazo para a alegação

2)Inveracidade, anulabilidade do documento e rescisorsedade da sentença Art. 373 e parágrafo único

1)Documento particular e prova da declaração

2)Indivisibilidade do documento particular

Art. 374 e parágrafo único e Art. 375

1)Telegrama, radiograma ou qualquer outro meio de transmissão 2)Assinatura do remetente

Art.376

1)Cartas

2)Exemplificação

Art. 377 e parágrafo único

1)Nota em documento

2)Guarda do documento

Art.378e 379

1)Livros comerciais e prova contra a empresa comercial

2)Livros comerciais e prova a favor da empresa comercial

Art. 380

1)Escrituração contábil

2)Admissão do todo

Art. 381 e Art. 382

1)Exibição de livros comerciais

2)Exibição parcial

Art. 383 e parágrafo único, Art. 384earr. 385e ~§ 10e20

1)Reprodução mecanica

2)Exame pericial e reconhecimento de firma

3)Original apresentado em juízo

4)Fotografia

5)Fotografia publicada em jornal

6)Cópia de documento particular

Art. 386

1)Livre apreciação pelo juiz

2)Entrelinha, emenda, rasura, borrão e cancelamento

3)Ressalva

4)Instrumentos públicos e instrumentos particulares

Art. 387e parágrafo único

1)Documento, fé e cessação da fé

2)Falsidade

3)Declaração da falsidade

Art. 388e parágrafo único

1)Documento particular e causas especiais de falta de fé

2)Abuso em preenchimento do documento assinado

Art. 389

1)Ônus da prova

2)Falsidade do documento e falsidade da assinatura .

Subseção II

Da Arguição de Falsidade

1)Ação incidental de falsidade de documento

2)Ações declaratórias incidentais

3)Repercussão jurídica do falso

4)Instrumentos públicos

5)Ação independente de falsidade

Art. 390

1)Tempo para a propositura da ação incidental de falsidade e grau de jurisdição
2)Juntada aos autos

Art. 391 e art. 392 e parágrafo único

1)Requisitos de petição

2)Intimação da parte

3)Resposta e exame pericial

4)Retirada do documento

5)Forma e rito do processo

6)Provas admissíveis

7)Exame de livros e originals arquivados

8)Natureza da ação incidental

9)Falta do documento original

Arts.393e394

1)Legitimação processual ativa e procedimento da ação incidental de falsidade

2)Eficácia suspensiva da propositura

3)De que documento se pode tratar .

4)Petição inicial

5)Outras ações declarativas incidentais

6)Competência judicíal

7)Incidente ocorrido na instánciasuperior

8)Eficácia suspensíva, a qualquer tempo

9)Falsidade de provas não-documentais

Art. 395

1)Eficácia sentencial

2)Conceito de autenticidade

3)Conceito de falsidade

4)Eficácia material

Subseção III

Da Produção da Prova Documental

Art. 396

Arts.397e 398

1)Instrução com documentos

2)Documentos apresentados posteriormente

3)Autenticidade do documento

4)Instrução documental fora do momento próprio

5)Prova contrária

6)Audiência da outra parte

Art. 399 e parágrafo unico

1)Direito anterior e direito atual

2)Determinação de oficio

3)Prova de alegações e certidões

4)Comunicações de conhecimento e prova

5)Recebimento dos autos e extração

6)Requisição de processos administrativos

Seção VI

Da Prova Testemunhal

Art. 401

1)Prova exclusivamente testemunhal

2)Documento ou prova pericial

3)Tempo a que se liga o valor do contrato

Art. 402

1)Negócio jurídico e prova testemunhal

2)Começo de prova por escrito

3)Impossibilidade material ou moral

4)Depósito necessário

Art. 403

1)Pagamento e remissão de dívida

2)Remissão de dívida

Art. 404

1)Parte inocente e terceiro

2)Negócios jurídicos simulados

3)Vícios do consentimento

Art. 405 e ~ 1”, 2”, 3”e 4”

1)Capacidade testemunhal

2)Tautologia (Art.s. 131 e 405, § 40)

3)Impedimento

4)Suspeição

5)Necessidade dos deferimentos

Art. 406

1)Dever de depor

2)Obrigação de depor e dano

3)Segredo profissional

4)Dano moral a evitar-se

5)Escusa emotivos

6)Apreciação judicial da escusa

Subseção H

Da Produção da Prova Testemunhal

1)Testemunho, fato do procedimento

2)Direitos e deveres

Subseção 1

Da Admissibilidade e do Valor da Prova Testemunhal

Art. 400

1)Admissão e valor

2)Lei e admissibilidade

3)Indeferimento de inquirição de testemunhas

Art. 407e parágrafo único

1)Número de testemunhas

2)Número de fatos e número de testemunhas

3)Escolha das testemunhas

4)Intimação e dispensa da intimação

Art. 408

1)Rol das testemunhas e substituição

2)Regra jurídica taxativa

Art. 409

1)Juiz da causa arrolado como testemunha

Art. 410e Art. 411 eparágrafo único

1)Depoimento das testemunhas em audiência

2)Depoimentos antecipados

3)Inquirição por meio de carta

4)Impossibilidade de comparecimento

5)Residência ou lugar da função da testemunha

6)Inquirição onde reside a testemunha ou onde ela exerce a função estatal
Art.412e~1”,2”e3”

1)Intimação para comparência à audiência

2)Sanção da condução

3)Motivo justificado

4)Testemunha a que a parte dispensou a intimação

5)Funcionário público e militar

6)Aposentados, reformados e postos em disponibilidade

7)Pena de confesso e depoimento pessoal

8)Preparação e pressuposto do arrolamento .

9)Intimação pelo correio ou em mão

Art. 413

1)Oralidade do depoimento

2)Inquirição das testemunhas, separadamente

3)Testemunha que não fala a língua portuguesa

4)Eficáciadedepoimentos

5)Renúncia ao depoimento

Art. 414 e ~ 1”e 2”

1)Qualificação da testemunha

2)Texto de 1939 e texto de 1973

3)Contradita

4)Apreciação das alegações pessoais e da contradita

5)Inserção da contradita

6)Fatos jurídicos e negócios jurídicos

7)Prova da contradita

8)Escusa de depor

Art. 415 e parágrafo único

1)Apresentação das testemunhas e assentada

2)Dever de verdade e violação do dever

Art. 416 e§~ 1”e 2”

1)Inquirição pelo juiz

2)Requerimento de pergunta, indeferimento e referência exigida 3)Surdo e depoimento

4)Pedido de exame de peça pela testemunha

5)Limites da petição inicial e da defesa

6)Tratamento das testemunhas pelas partes

8)Transcrição das perguntas

Art. 417

1)Datilografia

2)Autenticação (subscrição, assinatura e rubrica)

3)Testemunhas em retardo

4)Rubrica

5)Registro do depoimento

6)Gravação

7)Transcrição do depoimento

Art. 418

1)Acareação

2)Requerimento da acareação

3)Carta precatória ou rogatória

4)Testemunha referida

Art. 419e parágrafo unico

1)Fonte da regra jurídica sobre despesas da testemunha

2)Salário que perdeu

3)Despesas

Seção VII

Da Prova Pericial

1)Perícia, exame, vistoria, avaliação e prova pericial . .

2)Perícia e conhecimento especial

3)Função do perito

4)Nomeação do perito

5)Quesitos suplementares

6)Pericias e novas perícias

7)Prazo e invocação do Art. 183 e §§ 10e 20

8)Quesitos apresentados com o requerimento

9)Momento da realização da perícia

Art. 420 e parágrafo unico

1)Determinação da perícia e indeferimento do requerimento

2)Testemunho comum e perícia

3)Desnecessidade do conhecimento técnico

4)Perícia desnecessária (inútil ou supérflua)

5)Impraticabilidade da perícia

Art. 421 e ~ 1.” e 2.0

1)Nomeação do perito

2)Pluralidade de autores ou de réus

3)Assistente técnico

4)Quesitos

5)Prazo para o laudo

6)Dispensa do laudo e pareceres

Art. 422

1)Intimação do perito e dos assistentes

2)Escusa, impedimento, suspeição ou falta do compromisso

3)Aceitação do encargo e dispensa de compromisso . .

4)Assistentes técnicos

5)Desimpedimento e insuspeição

Art. 423

1)Escusa e recusa

2)Ato judicial

Art. 424 e parágrafo único

1)Substituição do perito ou de algum ou de alguns dos assistentes técnicos
2)Suscitamento da substituição

3)Dever de exercer a função pericial

4)Descumprimento do encargo e sanções

Art. 425

1)Quesitos suplementares

2)Apresentação ejuntada

Art. 426

1)Quesitos impertinentes

2)Quesitos do juiz

Arts.427e 428

1)Diligência

2)Carta precatória, carta de ordem e carta rogatória

3)Dispensado laudo

Art. 429

1)Realização dos exames e conclusões

2)Testemunhas, elemento informativo da perícia

3)Outros elementos informativos

4)Redação do laudo

Art. 430 e parágrafo único e Art. 431

1)Perícia e assistência técnica

2)Unanimidade e divergência

Art. 432 parágrafo único e Art. 433 e parágrafo único

1)Apresentação do laudo

2)Motivo justificado para se prorrogar o prazo da apresentação 3)Substituição do perito

4)Adiamento do debate e do julgamento

5)Prazo para a apresentação

6)Apresentação do laudo

7)Entrega dos pareceres

Art. 434 e parágrafo único

1)Autenticidade ou falsidade do documento

2)Exames médico-legais

3)Autenticidade de letra ou firma

Art. 435 e parágrafo único

1)Esclarecimentos prestados pelo perito e pelo assistente técnico 2)Prazo para exame das perguntas

Arts. 436 e 437

1)Princípio da não-adstrição ao laudo; nova perícia

2)Arbítrio do juiz

Art. 438 e Art. 439 e parágrafo único

1)Finalidade limitada da nova perícia

2)Regramento da nova perícia

3)Eficácia da nova perícia

4)Assistentes técnicos

Seção VIII

Da Inspeção Judicial

Art. 440

1)Inspeção judicial

2)Qualquer fase do processo

Art. 441

1)Assistência de peritos

2)Momento da inspeção

Art. 442 e parágrafo único

1)Verificação no local

2)Inspeção fora do juízo

3)Reconstituição dos fatos

4)Partes e assistentes

Art. 443 e parágrafo único

Conclusão de diligência

Auto da diligência

1)

2)

3)

Auto e elemento de instrução

1 Índice Alfabético dos Autores

II Índice Cronológico da Legislação

III Índice Cronológico da Jurisprudência

IV Índice Alfabético das Matérias . .

Título VIII

DO PROCEDIMENTO ORDINÁRIO

1

DA PETIÇÃO) INICIAL 2)

1. Petição inicial, conceito e natureza Petição é toda declaração de vontade, fundamentada (portanto, contendo julgamento de fato), pela qual alguém se dirige ao juiz, para entrega de determinada prestação jurisdicional, devendo, ou não, ser citada a outra parte. Essa definição corrige a de Franz Klein (Die schuldhafte Parteihandung, 26, nota 28). Qual a natureza da relação entre a petição e a sentença é questão que se tem discutido a fundo. Franz Klein considerava-a relação psicológica de causa e efeito (24 e 25); mas seria eliminar a obrigação de obrar como dado social, bem como o exercício da pretensão à tutela jurídica. Não é só psicológica a relação. Tanto assim que o motivo é relevante (pleito de má-fé, arts. 16-18, e dolus eventualis) e irrelevante a reserva mental. Que seja "declaração de vontade", não há dúvida, pois é dela, do seu conteúdo, que surge, como efeito jurídico, a relação jurídica processual. É declaração de vontade, sem ser preciso recorrer-se ao conceito largo de ato gerador de direito, ou ao ainda mais largo, assaz conhecido em direito material, de Alfred Manigk.

Nem, tampouco, reduzi-la a comunicação de vontade (Willensmitteilung), como referência à representação (no sentido psicológico), como Franz Klein (20 s.), ou a pura manifestação de vontade, como fazia James Goldschmidt (Der Prozess ais Rechtslage, 383), para poder arquitetar a sua teoria do processo como mera situação jurídica.

Certo, há comunicação de vontade (e a declaração é da classe das declarações dependentes de recepção); mas o que prima é a declaração, base da relação jurídica processual. Depois de estabelecida a relação jurídica processual, então, sim: de regra, só existem comunicações de vontade, O aparecimento de algum elemento de declaração de vontade é raro. Os mais encontráveis são para que termine a relação jurídica vigente (arts. 267, VIII, e 269, III). Posto que possa haver requerimento acompanhado, ou fundado em declaração de vontade, nele não se pretende entrega da prestação jurisdicional definitiva. Leis chamam, o que é lamentável, a algumas peti ções "requerimentos". Em boa terminologia, para que haja petição é preciso que dela dependa a existência de alguma relação

jurídica processual. Fora daí, todas as comunicações de vontade ao Estado (ao juiz) são requerimentos.

Toda petição tem efeitos segundo foi concebida; não depende de ser aceita pelo juiz, nem pelo adversário. A atitude do adversário pode ser relevante para a Sentença que o juiz der, não para a petição em si (Rudolf Pollak, System, 372). Interpreta-se conforme o seu sentido, e não conforme as palavras, se aquele é diferente. O que mais importa é que o "pedido" seja certo e determinado.

Com a petição inicial, o autor da ação pede ao Estado que preste a tutela jurídica, o que é dever dele, depois que se retirou, quase em absoluto, a defesa de mão-própria. Na área da jurisdição contenciosa nenhuma competência tem o juiz para iniciar o processo.1 O interessado, pré-processual e processualmente legitimado, é que pode pedir. A petição é que traça os limites para a atividade do juiz, pois que a ela tem ele de responder "sím~~ ou

"nao~~, salvo se ela ou o processo dá ensejo à extinção do processo sem julgamento do mérito. Aí, não se responde à petição, ao que foi pedido, mesmo se o caso é de indeferimento da petição inicial (art. 267, 1), pois o que se estabelece no art. 295, IV, é independente de caber ou não o pedido. Quando o juiz indefere a petição inicial, por se tratar de preclusão (decadência) ou de prescrição, não afirmou que havia o direito do autor, apenas disse que, mesmo se tal direito, pretensão ou ação exishsse, precluído estaria o díreíto, a pretensão ou a ação, ou prescrita a pretensão ou a ação. Tem-se de atender a que tal decisão, a despeito de referente ao que seria efeito de direito material, é de extinção do processo sem julgamento do mérito.2

Se ojuiz indefere a petição inicial, extingue o processo sem julgamento do mérito, razão para que o autor possa apelar. Se não apela, nada mais se pode fazer. O que pode ocorrer é a propositura da mesma ação, para que haja nova atitude do juiz, que pode ser positiva (despacho favorável), ou 1Vd. a nota 149 do tomo III, onde se mostra uma exceção à regra, constante do art. 130 da Lei n0

8.069, de 13.07.90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

ato de indeferimento da petição inicial é, sem dúvida, sentença terminativa (arts. 267, 1 e 162, § art. 295, 1). Conforme o IV, o juiz pode indeferir a inicial se verificar, desde logo, isto é, independentemente da integração do réu no

processo, a decadência, ou a prescrição, limitada esta última aos casos em que ela recair sobre pretensão concemente a direitos não patrimoniais (art. 219, § 50) Se a prescrição envolver direitos patrimoniais, não pode o juiz declará-la de ofício (Cód. Civil, art. 166). Indeferida a inicial, nas hipóteses de decadência ou prescrição, previstas no SrI. 295, IV, haverá sentença de mérito (art. 269, IV), que afastas incidência do art. 268. Aliás, quanto ao processo cautelar, existe a regra expressa do art. 810.

negativa (sentença que extingue o processo). Tanto a eficácia da petição, que é iniciativa do autor, suficiente para que comece o processo (art. 262),

índepende da acolhida do juiz, que, se indeferida (sentença apelável), o exame vai ao tribunal. Não se afasta aí, sequer, a proponibilidade da ação rescísona.3

2. Petição e citação Sendo toda demanda iniciada pela invocação do juiz, órgão do Estado para que realize o direito objetivo, como o Estado promete, e diminua as controvérsias entre as pessoas há de ser preparada pelo ato dessa invocação. Ainda não é o começo da demanda, mas o seu alicerce, o impulso imediato para ela, pois com a iniciativa do autor já começa a relação jurídica processual (art. 262). A angularidade da relação jurídica processual parte da citação (art. 213). Dirige-se ao juiz, e não ao réu. O autor não fala ao réu, fala ao juiz. Porque nenhuma relação jurídica processual se estabelece entre ele e o adversário, e sim entre ele e o juiz, como órgão do Estado. A petição é esse ato inicial, mediante o qual o autor pede que o Estado lhe entregue, afinal, a prestação jurisdicional, quer dizer

a sentença. A petição inicial e a sentença, tal como ficarão no fim de todo o processo, portanto de todos os recursos que tenha havido, são os dois extremos da via processual. Uma abre-a; a outra fecha-a. Durante todo o processo, as partes, os interessados, o juiz, hão de ter em vista esse documento escrito,4 com que se abriu o processo e de cujo conhecimento pela outra parte depende o nascimento da demanda judicial, a angularidade da relação jurídica processual.

A petição inicial determina o conteúdo da sentença que se pretende obter. Toda petição determina o conteúdo de resolução judicial. Quando a parte se dirige ao juiz sobre o desenvolvimento do processo, requer, não pede: a diferença atende a que o juiz é obrigado pelo Estado, fora do dever de entregar a prestação jurisdicional, a que os processos se desenvolvam, as normas sejam obedecidas, e

se chegue ao fim das demandas.

(1) A petição é que determina o conteúdo e a extensão do procedimento, faz nascer, com o despacho, a relação jurídica processual, induz, com a A ação rescisória tem por pressuposto sentença de mérito transitada em julgado (art. 485, caput).Cabe, então, na hipótese, tratada na nota 2, de sentença de indeferimento da inicial por decadência,ou prescrição de direitos não patrimoniais ss.4Pode a petição inicial ser apresentada verbalmente, nos casos em que a lei o admitir (v.g., ali. 30§ l~, da Lei n0 5.478, da ação de alimentos; art. 14 e § 30 da Lei n0

9.099, de 26.09.95, dos juizado. especiais). Apresentada oralmente a petição termina reduzida a escrito, em termo, ficha ou formulário como se vê nos dispositivos citados.citação, litispendência e determina, se não sobrevém restrição, o conteúdo e a extensão da sentença.

Quando se diz que a petição determina a classe e a medida da tutela jurídica, hão de ressalvar-se as espécies em que a pretensão à tutela jurídica já estava qualificada. Esse é um dos pontos a que os juristas não têm prestado a devida atenção.

Apenas se enuncia que a demanda determina a classe e a medida da tutela jurídica. Se a pretensão à tutela jurídica foi qualificada, a demanda é exercício dela; não determina classe, nem medida da pretensão à tutela jurídica.

A propositura da ação, com a petição, não é negócio jurídico. Trata-se de ato jurídico stricto sensu, composto de manifestação de vontade e declaração de conhecimento. (A próposito observou-se que Leo Rosenberg, Lehrbuch, S~ ed., 258, identifica, de um dado, declarações de vontade e negócios jurídicos e, do outro, reduz a manifestações de vontade, sem “declaração”, os atos jurídicos stricto sensu, o que é de repelir-se energicamente; há negócios jurídicos que provêm de manifestações de vontade; e atos jurídicos stricto sensu que se originam de declarações de vontade. A declaração de vontade é a manifestação de vontade que se declara, isto é, que se manifesta claramente.)

A sentença há de corresponder à petição, pois é a petição que lhe determina a classe e a medida. Não se trata de resposta a pergunta do autor, ou do reconvinte; porque o autor não interroga, o autor exerce a pretensão à tutela jurídica e a

pretensão processual, nascida com a petição. Devemos evitar tais comparaçoes que conturbam a inteireza lógica da exposição científica. Quando a sentença, em vez de dar a razão por que julga procedente, ou improcedente a ação, põe termo ao efeito, sem lhe julgar o fundo, apenas desfaz a relação jurídica processual, por entender que não foi regular o exercício da pretensão à tutela jurídica, ou o exercício da pretensão processual. Entao, a demanda mesma é inadmissível.

(II) Quando o autor exerce a pretensão à tutela jurídica e lhe nasce a pretensão processual, tem o juiz de sentenciar: se o exercício foi irregular, ou se se tomou irregular, a sentença não é sobre o fundo, sobre o mérito, se bem que seja terminativa do feito. A sentença que decreta a invalidade desde o início é sentença de reexame, que não admite, ex tunc, a demanda. A pretensão à sentença é a pretenção processual; a pretensão à sentença sobre o mérito é a pretensão processual que não foi julgada inadmissível.

(III) A admissibilidade do procedimento depende de pressupostos positivos (pressupostos da existência de algo) ou negativo (pressupostos de não-existência de algo). A competência, a capacidade para ser parte e a capacidade processual são pressupostos processuais positivos. A coisa julgada é pressuposto processual negativo: se existe, o processo, que sobrevém, e inadmissível, porque o pressuposto processual negativo falhou.

Têm chamado impedimentos processuais às exigências negativas, que dependem de reclamação do demandado, tais como a) a exceção de compromisso, que derivou de negócio jurídico bilateral, ou unilateral, ou por lei, esse inafastável por acordo posterior, b) a exceção de caução às custas, c) a exceção de falta de pagamento das custas.

No art. 267 cogitou-se da extinção do processo sem julgamento do mérito.5

Se não falta algum dos pressupostos processuais (art. 267) e se não ocorre algum impedimento processual, tem o juiz de julgar a ação, quanto ao mérito. No direito brasileiro (nota-se: no direito brasileiro), devido a não se poder pronunciar nulidade não-cominada se não a arguiu o interessado não observância da formalidade ou na repetição do ato, há fatos positivos ou negativos, que seriam pressupostos processuais, mas tiveram, de lege lata, o trato dos impedimentos. Também atinge a categoria dos pressupostos processuais, reduzindo-os a impedimentos, a regra jurídica, que veda ao juiz pronunciar a

nulidade ou ordenar suprimento ou repetição do ato se pode decidir do mérito a favor da parte a quem a decretação da nulidade aproveitaria. A regra jurídica destoa, embora acertadamente, do que se entendia ser nulidade por impropriedade de “ação”, isto é, do remédio jurídico processual.

A demanda é inadmissível se há falta de pressuposto processual, ou se há impedimento processual. Todavia, se falta só existe para uma das pretensões processuais ou para um dos fundamentos da demanda, somente para aquela ou para esse ponto é que se há de julgar inadmissível. Seria confusão irritante se o juiz, tendo de admitir a demanda, a repele porque infundada; ou se a julga improcedente, se a espécie seria de inadmissibilidade; ou se, tendo de considerá-la inadmissível, julga procedente a ação. Tampouco, se tem dúvida sobre ser, ou não, admissível, pode manifestar essa dúvida: só se entra na mérito quando se tem por certa a admissibilidade.

Julgada inadmissível a demanda, o juiz tem-se de abster de permitir qualquer discussão ou produção de prova sobre o mérito. Isso não quer dizer que, prosseguindo, não possa deferir ou admitir a discussão em separado da questão de admissibilidade.

O juiz tem de apreciar, de ofício, os pressupostos processuais. Para isso, pode suscitar discussão, inclusive quanto ao valor da causa. Nos casos em que o juiz, que era incompetente, se faz competente, tem-se de pensar em que se criou o pressuposto processual que faltava.

Tem-se pretendido que a pessoa que não tem direito não tem pretensão a tutela jurídíca mas apenas possibilidade de demandar. Não ter direito é, aí, não ter direito, pretensão, ação ou exceção de direito material.

Em vez de se examinarem os fatos antes da demanda, que é exercício de pretensão à tutela jurídica, pula-se, no tempo, até a sentença, que é a prestação obtida em virtude da pretensão processual, nascida do exercício da pretensão à tutela jurídica.

A ação exercida só é procedente (fundada, begrundet) se o autor tem direito, pretensão, ação, ou exceção (direito material). Antes disso, teve-se de verificar se os pressupostos processuais foram satisfeitos e, antes ainda, se foi exercida e se existe pretensão à tutela jurídica.

As partes podem renunciar a alegação e prova dos impedimentos processuais. Se não alegam a existência de qualquer deles, dentro do tempo, preclui a alegabilidade: o impedimento desaparece.6

Seção 1

Dos Requisitos da Petição Inicial

Art. 282. A petição inicial’) ‘~) indicará:

Iojuiz ou tribunal 2) a que é dirigida 9);

II os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu 3).

III o fato e os fundamentos jurídicos do pedido 4);

IV o pedido, com as suas especificações 5);

Vo valor da causa 6)

VI as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados 7); VII o requerimento para a citação do réu 8)

1. Requisitos da petição A petição é escrita,7 isto é, de próprio punho, ou de punho alheio, ou datilografada, e nada impede que seja

6 Pode ser desconstruída por açAo rescisória a sentença de mórito transitada em julgado, proferida porjuiz impedido (arts. 485,11 e 134), ainda que o impedimento nao haja sido alegado no processo da sentença rescindenda. ou alegado e repelido.

7 Vd. anota4.

impressa, ou escrita por outro meio descoberto, ou a descobrir-se. Há de ser escrita em língua portuguesa5, com a ortografia oficial, segundo o estilo do foro, que é comum aos ofícios dirigidos às autoridades, e redigida, pelo menos, com as qualidades ordinárias dos escritos expositivos de fatos e pontos de direito. Os requisitos do art.

282, 1 e II, são pressupostos (subjetivos) processuais, nos quais hão de ser percebidas a capacidade de ser parte, a capacidade processual das partes, a capacidade postulacional do advogado (art. 36), além da competência do juiz, a que Wilhelm Sauer (Grundlagen, 366) chega a chamar capacidade do juiz, capacidade dejulgare capacidade processual.

O que fica fora da petitura é estranho à cogniç ão, de modo que o juiz tem de pô-lo de lado, não devendo pronunciar-se a respeito. Trata-se de alegação que escapa à res in iudicio deducta (i~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 16 de abril de 1964).

A petição pode ser manuscrita, datilografada, impressa, ou por outro meio grafada (Conselho Supremo da Magistratura de São Paulo, 13 de dezembro de 1963, R. dos T, 358, 240).

O Código de 1973, como o anterior, não exige a articulação da petição,9 isto é, por artigos ou itens (4S Câmara Cível do Tribunal de Apelação de São Paulo, 30 de abril de 1942, R. dos T, 138, 573). A petição pode ser clara e precisa, sem ser articulada, sem ter itens; pode ser perfeitamente entendível pelo demandado, ou pelos demandados, que hão de apresentar defesa, sem ter a feição que lhes apontam os formulários, ou éde praxe entre advogados. Petições longas, minudentes, com enumerações e incisos, podem ser obscuras e imprecisas; e até ineptas.

2. Relação jurídica entre autor e Estado, e entre Estado e réu A designação do juiz ou do tribunal não é, rigorosamente, conteúdo da petição inicial: está no alto da folha, encimando a petição. Ao juiz ou ao tribunal éque se dirige o exercício da pretensão à tutela jurídica. Tanto o réu não ésujeito de relação processual direta entre autor e ele, que a petição se dirige ao juiz, não como intermediário entre ele e o réu, e sim como órgão do Estado, com poderes para aplicar o direito que incidiu no caso e resolver as questões. Em nenhum ponto da petição o autor invoca a outra parte, ou lhe expõe fatos ou pontos de direito. Trata com o Estado; e com Estado é que a outra parte tratará, desde a citação; que o autor requer e é ordenada pelo 8Vd. o art. 13 da Const. 88.9AredaçSodadaaoart. 531 pelo art. I0da Lei n0 8.950, de 13.12.94, ab-rogou a norma, desprezadapela doutrina e jurisprudência, de que os embargos infringentes se deduzissem por artigos.

Estado. A citação é ato processual do Estado. O nome do juiz há de ser o seu

título, não o seu nome pessoal; antecedido do seu tratamento de estilo forense. Em tom deferente e de educação. Nada que melhor impressione aos juizes que a elegância discreta das petições, sem encômios, que vexam, e asperezas, que desagradam e às vezes podem ser interpretadas como exuberância advocatícia para avivar as cores de direito duvidoso. Os juizes sabem distinguir, pelo longo traquejo psicológico, a veemência sincera e a falsa indignação dos autores e dos réus. Não raro lhes é difícil extrair da ganga de considerações inúteis o que a parte diria melhor em proposições concisas, precisas, incisivas. (Essa parte da petição é comunicação de vontade: diz que juiz quer; e comunicação de conhecimento: diz qual o juiz que tem como o competente. E não declaração de vontade.) Os pedidos são interpretados restritivamente, e o que podia ser pedido, e não no foi, é destinado, ou pode ser destinado a outra ação, porque se supõe que não foi pedido, em virtude da regra jurídica da interpretação restritiva. Aliter, se o pedido se há de entender como feito, a despeito da interpretação restritiva.’0 Ai, não se há de considerar omissa a petição, de modo que se trata de propor outra ação, por ter sido autor silente no que não o devia ser (cf. Tribunal Regional do Trabalho da l~ Região, 20 de março de 1961, D. O. de 20 de setembro de 1963, 802).

3. Individuação do autor e do réu O segundo requisito da petição inicial é a individuação do autor e do réu, sendo de notar que se exige a mesma pormenorização a respeito de ambos. Opera como comunicação de conhecimento, e não como declaração de vontade.

O art. 282, II, refere-se ao estado civil, o que é de relevância, porque pode ter de influir no próprio exercício da pretensão à tutela jurídica a necessidade do consentimento do outro cônjuge para propor a ação (art. 10) ou a indispensabilidade da citação de ambos os cônjuges (art. 10, parágrafo único).” Pense-se também no que se exige no direito material.

Se o autor não sabe como se chama o réu, ou como se chamam os réus, ou algum ou alguns deles, a solução é a da citação por edital (art. 231, 1), tal como se passa se ignora, ou se é incerto ou inacessível o lugar em que o réu se encontra, ou réus se encontram, ou algum ou alguns (art. 231, II).

Simples equívoco quanto ao nome do réu, se esse não nega a identidade (= ser a pessoa que se queria citar), não importa falta do pressuposto do art.

10

11

V.g.:arts. 20 e 293, 2 parte.

O parágrafo único do art. 10 foi transformado em § 1” pelo art. 1’ da Lei n0 8.952, de 13.12.1994, que tainb~m reformulou a redação do seu inciso 1.

282,11 (cf. antes, 2~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 27 de abril de 1946, R.F., 112, 463). Daí não se conclua que não acarreta inépcia ou insuficiência da petição a falta dos requisitos do art. 282, II, nem que a irregularidade não possa causar ineficácia da citação, se o citado não foi quem se queria citar (cp. 4S

Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 20 de fevereiro de 1947, R. dos T., 166, 578).

Se o erro na indicação do nome, ou do prenome, ou da residência, ou do domicilio, ou da profissão, ou da nacionalidade, ou do estado civil, quer do autor, quer do réu, não é bastante para qualquer dúvida acerca da legitimação ativa, ou passiva, não se há de considerar causa de invalidade do feito (e.g., o erro de nome é relativo ao único inquilino do prédio e esse recebeu a citação, a interpretação ou o aviso, cf. 1~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 5 de dezembro de 1960).

Quando o réu é incapaz, menciona-se o nome, o domicilio e a residência, o estado civil e a profissão (pode ser incapaz e ter profissão), e a citação é na pessoa do representante; ou, em se tratando de incapacidade relativa, na pessoa do réu e do tutor ou curador, que o assista (art. 80). Daí ser imprópria, por insuficiente, a expressão

“representação”, em vez de “apresentação ou assistência”. Tem-se de dizer qual o nome e o prenome do réu e do representante ou do assistente.

Se não se identificam os réus, ou os próprios autores, e não houve saneamento a respeito, há perplexidade incompatível com os fins dos processos. Na própria sentença há de estar o relatório (art. 458, 1), e no relatório os nomes das partes, com as indicações que se façam mister (Câmara Cível do Tribunal de Justiça do

Rio de Janeiro, 12 de janeiro de 1953: “O relatório, parte integrante da sentença, sem o que esta não vale, deverá mencionar o nome das partes, até para que se saiba quem ganhou, quem perdeu, quem precisa dela recorrer, inconformado com a decisão que o atinja, expressa e diretamente”).

Se o pedido só se refere, com observância do art. 282, II, a uma ou algumas pessoas, não satisfazendo a exigência legal quanto a outras (e.g., e outras”), tem-se de considerar restrito à pessoa mencionada, ou às pessoas mencionadas, ou há de o juiz ordenar que, esclarecido o pedido, se integre a petição ou a contestação.

Se a sentença não se baseia na verdade dos enunciados de fato sobre os pressupostos subjetivos, não há dúvida que o problema é de extrema gravidade. Propôs B ação contra C, usando porém do nome de A, como se fosse A, e não B (processo em falso nome). As partes têm o dever de “nomear” autor e réu, reconvinte e reconvindo, litisdenunciante e litisdenunciado. O art. 282, II, fala de “os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e

residência do autor e do réu”. No direito processual penal, somente quem, culpado, foi condenado com o nome de outrem é que é responsável: o erro foi quanto ao “nome”, sem injustiça do julgado. Poucos escritores, como Emst Beling (Lehrbuch des Straftechts, 293, 20), têm o julgado como inexistente: o que era culpado não foi julgado e fora julgado outrem.

No direito processual civil, (1) se C pleiteia contra A, mas figurando a pessoa de B, como se B se chamasse A, pela divida que realmente é de B a C, claro que a sentença contra A é executável contra B, se bem que o mandado tenha o nome de A.

(2) Se C pleiteia contra A como se A fosse a pessoa B, pela dívida que é de B a C, então o mandado é tirado contra A, porém não executável contra B.

(3) Se C pleiteia contra A, que tem o mesmo nome que B, e o processo corre contra B, tira-se o mandado contra A (nome), porém não tem eficácia contra A (pessoa). No Archiv de Seufert vem um caso (3) e G. Wurzer (“Verurteilung unter falschem Namen”, Archiv flir die Civilistiche Praxis, 120, 413) analisou-o.

O assinalamento (nome) falso, sem ser falsa a parte que realmente figura, nenhuma influência tem. A verdade prima, a despeito de se ter condenado pessoa

que usava de falso nome, o que não se confunde com a condenação de outrem, devido ao uso do seu nome pelo que tomou parte no processo.

A pessoa que tomou parte no processo, usando de outro nome, acarreta com tudo que, em virtude da sentença, atue negativamente na sua esfera jurídica. No terreno prático, o que há a fazer-se é proceder-se à correção segundo o art. 463 (com razão Wurzer, Verurteilung unter falschem Namen, Archiv, 120, 414) e iniciar-se a ação de execução de sentença. No caso de sentença do art. 641, a correção tem efeito ex tunc, de modo que a força executiva da sentença, a despeito de ser posterior, de muito tempo, a correção, se opera desde a data posterior, de muito tempo, a correção, se opera desde a data da eficácia da sentença. Passa-se o mesmo quanto às sentenças constitutivas. As mandamentais exigem a correção antes do mandado, ou outro mandado após a correção.

(4) O marido A propõe ação de divórcio'2 por adultério contra B, sua mulher. A ação corre contra C, que finge ser B, e B é condenada. A solução é como em (3). Sobre o assunto, Wolfgang Hein (Jdentitãt der Partei, 84 e 12 Quis o comentarista aludir a desquite, ou separação judicial litigiosa (art. 50 da Lei n0 6.515, de 26.12.77), já que não cabe ação de divórcio fundada em adultério, pois o divórcio, ou pressupóe a separação judicial consensual, ou litigiosa anterior por mais de um ano, ou a separação de fato por mais de dois (Const. 88, art. 226, § 60).

87), para o caso de se ter representado, processualmente, B, porque então o erro é de fato (e.g., flagrante de adultério). Aliás, bastaria ter sido citada B. Se foi apurada em juízo criminal a falsidade (art. 485, VI), cabe ação rescisória contra a sentença, porque transitou em julgado, quanto a ela.

No processo criminal, o que importa, sempre, é a identidade do réu, a verdade do enunciado contra o "culpado", use ou não de outro nome. No processo civil, o que importa é a citação àquele que tem de sofrer as conseqUências do julgado. O autor é que pede a citação e a eficácia de coisa julgada material da sentença, ou outra eficácia, é entre as partes, autor e citado. Ouso do falso nome pela pessoa citada ou ocorrer o processo contra outra pessoa que a citada, ciente essa, não atinge a validade do processo. Existe a prelação jurídica processual. Se o processo correu com outra pessoa que a citada, sem sua ciência e com infração de alguma regra jurídica, o procedimento é nulo; mas relação jurídica processual, com bilateralidade, houve, e há.

Se há processo principal e processo acessório, os requisitos que foram satisfeitos naquele se reputam atendidos nesse. Em se tratando de pessoa jurídica, cuja sede consta do nome ou é notória, é dispensável a índícaçao de

“residência ou domicilio”(e. g., Arquidiocese de Fortaleza, ja Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará, 21

de fevereiro de 1962, J. e D., 46, 107).

Pergunta-se: uma vez que o art. 282, II, exige os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicilio e residência do autor “e do réu”, pode deixar a petição de conter o nome, prenome, estado civil, profissão, domicilio e residência do réu? O que importa é a citabilidade, porque “para a validade do processo é indispensável a citação inicial do réu” (art. 214). Se desconhecido ou incerto o réu, a citação é por edital (art. 231, 1). Não se pode satisfazer o art. 282, II, plenamente ou em parte, ‘se não sabe quem é citando, ou se não tem certeza quanto a ele.

Se a citação é do presentante (e.g., órgão de sociedade por ações) ou de representante do incapaz, ou de quem tem poderes para receber a cítaçao havemos de entender que o art. 282, II, incide; mas, se é desconhecido ou incerto, a solução é a de citação por edital.

O domicilio do réu é de importância para se saber se é competente o foro (art. 94 e § lo). Sendo incerto ou desconhecido o domicilio do réu, a demanda é onde for encontrado ou no foro do domicilio do autor (§ 20). Se não tem domicilio ou residência no Brasil, também se há de propor a ação no foro do domicilio do autor (§ 30).

Se são dois ou mais os réus, com diferentes domicilios (o que há de constar da petição), ao autor cabe escolher o foro (§ 40). Há outros motivos de competência sem ser o do domicilio ou a residência, mas há o art. 95. O

domicilio da pessoa falecida, na ação de inventário e partilha e em tudo mais que concerne à herança, é que gera a competência, mesmo se o óbito foi no estrangeiro (art. 96). Todavia, é competente o foro da situação dos bens se o falecido não tinha domicílio certo (art. 96, parágrafo único, 1), ou o do lugar em que ocorreu o óbito, se ele não tinha domicilio certo e situados em lugares

diferentes os bens da herança (art. 96, parágrafo único, II). Se o réu está ausente, o foro éo do último domicilio, o que também ocorre em se tratando de arrecadação, inventário, partilha e cumprimento de disposições testamentárias (art. 97).

4. Fatos e regra jurídica O terceiro requisito (art. 282, III) é duplo: o fato e o direito, ou narratio e medium concludendi dos canonistas. (1) A narração há de ser clara e precisa: convém, outrossim, que seja exaustiva, mas concisa; e subentende-se que há de conter a verdade dos fatos, expostos com probidade e encadeamento, tal como se passaram. São os requisitos que se podem e devem exigir, a todos os enunciados de fato: “foi assim”, “disse-se isso , então , ocorreu aquilo”, “depois se presenciou a isso”, etc. No narrar, é inútil mencionarem-se fatos que não determinam, ou não entram nos fatos jurídicos da causa.

As afirmações são julgamentos, comunicações de conhecimento, e não declarações de vontade. (2) Após a narração dos fatos se procede à exposição dos fundamentos jurídicos do pedido, do fato jurídico, isto é, de como aqueles fatos marcados justificam que o autor peça o que pede, a razão da pretensão. Não se trata da regra de lei, que se cite. A causa petendi supõe o fato ou série de fatos dentro de categoria ou figura jurídica com que se compõe o direito subjetivo ou se compõem os direitos subjetivos do autor e o seu direito público subjetivo a demandar. A causa petendi é, pois, complexa. De categoria ou figura jurídica, dissemos. Não, da categoria ou da figura jurídica. Ainda que o autor erre nesse ponto, que mais se refere à realização do direito objetivo, pode ele mudar o seu modo ver quanto à categoria ou à figura, desde que, mudando-o, a nova categoria ou figura ainda se concilie com o seu pedido, por aptidão material ou jurídica do que, segundo ela, seria pedido. Tanto ao juiz quanto à parte é permitido referir-se a outro texto de lei, a categoria ou figura jurídica diferente daquela a que a petição inicial se referia. Duas consequencías desse princípio de fungibilidade da forma do fundamento: a) pode ser condenado o réu mesmo se não é exato, em boa técnica e adequada terminologia, o nome que se deu à situação jurídica ou a ela; b) mudando-se o nome da relação de direito material, ou o texto de lei, não se evita, somente por isso, a exceção de coisa julgada.

Na exposição da causa petendi há de estar a afirmação: de relação jurídica; da pretensão de direito material, que corresponde a essa relação; de fato que justifique a ação; do interesse de agir; do direito público subjetivo a usar do juízo, o que se subentende hoje em dia. Antes, notas ao art. 40

O interesse de agir pode ressaltar da simples narração dos fatos. Não é preciso que explicitamente se refira, nem que se prove. Se o demandado nega que existe, a todo tempo pode ser apontado e o juiz, examinando os fatos da causa e seus fundamentos, pode afirmar-lhe a existência.

A exposição dos fatos deve ser tal que o demandado possa preparar e apresentar a sua defesa. Nenhuma alteração, a título de interpretação, podia, no direito anterior, partir do juiz (l~ Turma do Supremo Tribunal Federal, 10 de maio de 1962, D. da J. de 16 de novembro, 706); posto que, antes do conhecimento pelo demandado, pudesse o juiz sugerir que esclareça algum ponto, ou alguns pontos, ou requerê-lo o demandado antes de expirar o prazo para a defesa. Era o que sustentávamos já sob o Código de 1939 e foi acolhido no Código de 1973, que acertadamente inseriu no seu texto o art. 284 e o parágrafo único, bem como o art. 285, a que nos reportamos e não havia no Código anterior.

No art. 284, o Código de 1973 foi suficientemente claro: “Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de dez dias”. No parágrafo único: “Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial”. Não estava isso no Código antenor, mas era o que entendíamos nos comentários de então e fez bem o legislador de 1973 em ter estabelecido o prazo para emendar ou completar e a sanção do parágrafo único.

Quanto ao direito, às quaestiones iuris, toca ao juiz a interpretação do direito, mesmo se houve erro do demandante, ou do demandado (2~ Turma, 16 de abril de 1963, D. da J., de 20 de junho, 417), mesmo quanto a texto legal (1~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, 6 de maio de 1959, R. J., III, 121), ou em caso de omissão (1~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Guanabara, 26 de setembro de 1960, relator Desembargador João Coelho Branco) ou equívoco (Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, 2 de abril de 1962, R. dos T., 322, 622; 2~ Câmara do Tribunal de Justiçado Rio Grande do Sul, 30 de junho de 1962,R. J., 57,174; 2aCâmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 23 de agosto de 1962, 11 de maio de 1964 e 30 de maio de 1966; 1~ Câmara, 28 de março de 1963, 25 de novembro de 23 de dezembro de 1963, 14 de maio de 1964 e 2 de dezembro de 1965; 4~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 4 de agosto de 1960, R.

dos T., 304, 289; 3’ Câmara Civil, 12 de março de 1964, 359, 164; 6’ Câmara Civil, 28 de julho de 1961, 320, 163; 3~ Câmara Civil do Tribunal de Alçada de São Paulo, 17 de abril de 1961, 315, 738, e 27 de fevereiro de 1963, 350, 443, 6 de março de 1963, 349, 333, 12 de março de 1964, 359, 164; 4~ Câmara Civil, 24 de novembro de 1961, 324,

433; 4’ Câmara Civil, 7 de fevereiro de 1966, 371, 210). Se o autor disse qual o fato e o fundamento jurídico do pedido, mas, a respeito da regra jurídica, confundiu uma com outra, cabe ao juiz verificar qual a regra jurídica a que corresponde o suporte fáctico, composto pelo que se alegou. Compreenda-se que no pedido não só se referiu o fato ou se referiram os fatos, mas também a eficácia jurídica que foi atribuida. Quando se disse o que houve e o que se quer, tem de ser atendido o autor, porque se alude a regra jurídica, explícita ou apenas implicitamente.

O que importa éa suficiência da exposição do fato ou dos fatos e a invocação de algo que estabeleceu ou vai estabelecer a relação jurídica, ou mesmo modificá-la ou extingui-la.

O pedido pode ser positivo ou negativo. Por exemplo: a) pediu-se a declaração positiva de um direito, a constituição de um direito, a condenação do réu o mandado de fazer, a execução de sentença ou de título extrajudicial; b) pediu-se a declaração negativa de direito, a desconstituição de algum fato jurídico, quase sempre ato jurídico (e.g., decretação de nulidade), ou mandado de não-fazer.

Durante o curso da lide, nem se muda o pedido, nem a causa de pedir. Isso não obsta a que se inclua, explícita ou implicitamente, a causa superveniens. O princípio de que o pedido é imutável, e imutável é a causa de pedir, só se refere a quem pede, quanto a aumentar ou trocar o pedido, ou variar de causa de pedir. Se o direito se extingue durante a lide, o réu é absolvido. Se se afirmou terem sido tantos os danos e no momento da propositura da ação nem todos se haviam consumado e depois se consumaram, o jus superveniens é de proteger-se, salvo se se caracteriza a demanda nova. A afirmação do fato, como presente, vale para o fato em curso, ou para o fato continuativo, ou para as reiterações do mesmo fato. Se peço indenização pelos danos à minha casa, tais como se apurem no processo, e os danos não cessaram de progredir, por si mesmos ou por atos novos do réu, a condenação abrange a causa superveniens. A causa e, pois, a demanda não podem, todavia, ser condicionadas.

Nas ações reais, basta a afirmação de relação jurídica para que se identifique a ação (propriedade, usufruto, hipoteca, servidão).

Nas ações nascidas de direitos de obrigação, nem sempre a indicação da relação jurídica identifica a ação. Cada relação é suscetível de obrigações de prestações distintas. Daí a exigência de serem caracterizados o fato e a obrigação mesma. O proprietário pode reivindicar, qualquer que tenha sido o título; o credor nem sempre pode cobrar.

A lei colheu a teoria da substanciação do pedido, que exige mais do que a simples alegação de existir a relação jurídica (teoria da individualização): a parte tem de expor os fatos (da mihi factum!). Não se exagere, porém.

Quando o Código exigiu os “fundamentos jurídicos do pedido~~, só lhes viu o interesse de preparar o réu a defesa. Forremo-nos de interpretar o art. 282, III, como volta a jurismo bizantino, a fórmulas inamolgáveis, à transformação das lides em chinesices de advogados ladinos, ao pedantismo que esquece a função popular da justiça. Se as próprias leis empregam termos impróprios e, às vezes, absurdos, i,como se há de impor, a quem não faz leis e ganha a vida advogando, nunca errar em catalogar fatos, em metê-los nas caixetas das categorias jurídicas? É verdade que o juiz há de ler a petição e ver se é inepta ou não. Se inepta, será indeferida; se não o for, e o réu ainda não foi citado, regem o art. 284 e parágrafo único; se já foi citado, dá-se a extinção do processo, a despeito do ângulo, ou o juiz mandará que se supra a falta ou corrija a exposição do direito (arts.

301,111, e 327). O juiz aprecia a suficiência dos fundamentos in abstracto, sem atribuir verdade aos fatos e ajustação ao direito invocado e a eles (seria julgar, desde logo). Porém, se lhe escapou a ele, juiz, o erro de classificação da categoria, 6como ser tão exigente quanto à parte? ~,Como deixar-se de proteger o direito formativo gerador do autor se ele, lendo alguns juristas que comentaram artigos da legislação sobre águas, empregou a expressão ‘‘servidão’’?

5. Pedido com as suas especificações O inciso IV do art. 282 contém comunicação de conhecimento e comunicação de vontade, que a envolve.

Os fatos e os fundamentos, diz o art. 282, III. É preciso que o juiz conheça o que

se pede e porque se pede; e o réu, citado, possa defender-se, isto é, saiba o que se pediu, contra ele, ao juiz. Não se exige a referência a determinado texto de lei. Jura novit curia! (No sentido do que sustentamos desde a 1’ edição dos Comentários ao Código de 1939, a 3’ Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Grande do Sul, a 17 de abril de 1947, J., 29,209: “O que vem ajuizo litigar por seu direito não precisa dizer na inicial qual o artigo de lei em que baseia a sua pretensão. O que deve deduzir, com clareza, são os fatos e a relação jurídica deles decorrentes. A regra objetiva, a norma de direito a aplicar-se à espécie, toca, exclusivamente, ao juiz, segundo o principio Jura novit curia. Destarte, a regra de direito relativa à controvérsia não deve ser provada, nem mesmo alegada pelas partes, pois o juiz a deve conhecer e aplicá-la, por sua própria autoridade”.) No mesmo sentido, com referência ao que escrevêramos (a Câmara Cível Especial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a 21 de fevereiro de 1962, R.J., 63, 136).

O autor aponta o suporte fáctico; ao juiz cabe ver qual a regra jurídica em que se aloja e da qual se irradia o direito, a pretensão, a ação ou a exceção, que se invoca. Por outro lado, há de a exposição bastar à defesa do réu: ninguém se pode defender se não conhece o que se pede ao juiz. A clareza e precisão, que se exigem, são a clareza e precisão que sejam necessárias à inteligência do pedido, de modo que possa o réu preparar a defesa (18

Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 9 de outubro de 1947). As deficiências do juiz são alegáveis nos recursos ou nas ações rescisórias ; todavia, deficiente ou não, supóe-se que ele conheça o direito que há de aplicar (18 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 17 de junho de 1947, R. dos T., 169, 273: “Na procura do direito aplicável àespécie, todos os caminhos estão abertos ao juiz, que o elegerá segundo a sua ciência e consciência, não obstante os erros e omissões das partes”). Na própria separação judicial, não é de mister citar-se o texto de lei (68 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 10 de dezembro de 1948, R.

dos T., 179, 251: “Não pode, todavia, deixar de narrar os fatos positivos individuados, que reputa injuriosos, no caso de injúria, e constituem a causa jurídica da ação. Fatos novos, ocorridos posteriormente à propositura de demanda, não influem no julgamento da ação, podendo ser deduzidos em nova demanda”).

Na 28 Turma do Supremo Tribunal Federal, a 4 de abril de 1950 (A. J., 95, 164; R. F., 132, 424), foi decidido:

"É certo que não pode o juiz pronunciar-se sobre o que não constitua objeto do pedido... O principio de adstrição do juiz ao pedido da parte, como lhe chama Pontes de Miranda (Comentários, 1, 146), impede que se desate do caso, pela sentença, extra-passe a "largura da faixa em que se estende a relação jurídica processual" e que o petitum traçou (Pontes de Miranda, ob. cit.,). Duas observações, entretanto, se impõem ao propósito. A primeira é a de que, posto determine o Código de Processo Civil, sem embargo do Le juge connait le droit e do Jura novit curia, que a inicial contenha os fundamentos jurídicos do pedido, não é o juiz obrigado a trabalhar somente com a matéria exposta pelas partes. Pode ele trazer à controvérsia contribuição própria e imediata ou inalegada, desde que pertinente e adequada. Ainda mais: há que reconhecer o a que Pontes de Miranda chama "fungibilidade da forma do fundamento", isto é, a permissão, tanto ao juiz quanto à parte, de aludir a outro texto de lei, à categoria ou figura jurídica diferente daquela a que a inicial se refira" (Orosimbo Nonato, relator e vencedor).

Posteriormente, a 14 de abril de 1950, insistiu a 28 Turma (O D., 75, 172): "O principio da adstrição do juiz ao pedido da parte não o vincula a enterreirar a controvérsia dentro das citações das partes, de lei e de doutrina. O

que ele não pode é expandir-se em desobediência ao petitum. Tanto ao juiz quanto às partes é permitido referir-se a outro texto de lei, diferente daquele a que se refere a petição inicial". A 18 Turma, a 26 de junho de 1950

(R. dos T., 207, 557, e 214, 564), exprimiu-se: "O juiz pode aplicar o direito independentemente de alegação do texto; o reconhecimento do fato é que, de regra, depende de alegação, obedecendo-se à exigênciada forma quando for da substância do ato". Idem, a 4 de maio de 1951 (R. F., 139, 174); "Quando à matéria de direito, não está o juiz adstrito às alegações dos litigantes. No tocante ao fato, é que estará, e isso mesmo até certo ponto, pois cumpre observar o Código de Processo Civil, que manda atenda o juiz aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes". No mesmo sentido, a 68 Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a 20 de novembro de 1951 (R. F., 145, 262). o Tribunal de Justiça de Mato Grosso, a 21 de setembro de 1950 (A. F., 19, 252), a 28 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de

São Paulo, a 10 de agosto de 1950 (R. dos T., 188, 789), a 58 Câmara Civil, a 10 de junho de 1951 (R. F., 142, 266: “Não se confunde a narração dos fundamentos jurídicos do pedido, ou seja, a causa petendi, com a indicação do texto de lei em que a parte baseia a sua pretensão”), e a 26 de outubro de 1951 (R. dos T., 198, 156), a 18 Câmara Civil, a 29 de janeiro de 1952 (199, 220), e a 28 Câmara do Tribunal de Alçada de São Paulo, a 12 de março de 1952(201, 398).

Para que se não acolha, em qualquer ponto, o pedido, é preciso que não se haja especificado o que se pedia, de modo que se não possa tirar qualquer conclusão (68 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 22 de setembro de 1961, R. dos T., 326, 159).

6. Valor da causa O valor da causa, porque o Código desconhece a existência de causas inestimáveis (art. 258), é elemento necessário da petição inicial (art. 282, VI). As próprias ações com base em interesse moral são estimáveis. Sobre valor da causa, arts. 258-261.

O decréscimo posterior do valor da causa é sempre qualquer repercussão quanto à competência judicial pelo valor da causa (58 Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 26 de novembro de 1950, R. F., 134, 144). Todavia, no plano do direito intertemporal do direito processual, se a competência da superior instância foi determinada posteriormente, tem-se de estimar o valor dessa para que se saiba a que tribunal sobem os autos (Câmaras Reunidas do Tribunal de Alçada de São Paulo, 22 de outubro de 1952, R. dos T., 207, 357).

Havendo dois ou mais de dois pedidos, cada um deve ter o seu valor (Câmara Cíveis Reunidas do Tribunal de Apelação da Bahia, 11 de julho de 1942, R. F., 92, 479), salvo se a conexão ou relação de continência permitir valor global. O pedido que não traz o seu valor, se separável, permite a rejeição parcial da petição por inépcia quanto a esse ponto, ou o despacho de nulidade não-cominada (art. 244; ia Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 29 de julho de 1940, R. dos T., 127, 482).

Ovalor da causa pode ser de relevância para a determinação da competência ratione valori (28 Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 10 de outubro de 1964). A falta pode ser suprida a qualquer tempo (48

Câmara do Tribunal de Alçada de São Paulo, 28 de agosto de 1962, R. dos 7’., 341, 368). Veja-se art. 91.

7. Meios de prova O requisito de que fala o art. 282, VI, é o da indicação dos meios de prova. Não se trata de indicar a prova que se vai produzir in concreto, e sim a espécie de prova, prova documental, testemunhal, ou por depoimento da parte, perícia etc. No entanto, o juiz, para a instrução do processo, pode ordenar as diligências que lhe pareçam necessárias (art. 130). Quanto à prova documental, art. 283. Indicação dos meios de prova é a proposição deles, proposição que tem de ser examinada desde logo, em sua admissibilidade e idoneidade. Não basta protestar “por todo gênero de prova”.

Oart. 282, VI, exige que a petição inicial indique “as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados”. No art. 324 está dito que, “se o réu não contestar a ação, o juiz, verificando que não ocorreu o efeito da revelia, mandará que o autor especifique as provas que pretenda produzir na audiência”. Não houve contestação, de modo que o autor somente precisa produzir provas que sirvam ao julgamento. O art. 324, que não corresponde à regra jurídica do Código anterior, de modo nenhum atinge o art. 282, VI: a indicação foi feita e agora apenas se especifica o que precisa de produção. Aliás, e.g., pode ter sido descoberto documento ou fato que o autor precise de apresentar ou provar.

O pressuposto art. 282, VI, apenas contém comunicação de conhecimento. É possível que se requeira, desde já, a prova (comunicação de vontade); porém não é disso que se trata no inciso VI. É possível que a completitude da relação jurídica processual se estabeleça, anormalmente, pelo simples despacho. É o caso dos processos inaudita altera parte, ou dos processos em que a relação jurídica processual se faz bastante antes de ser ouvida a outra parte. Teremos ensejo de mostrar casos daqueles (e. g., art. 804) e desses (e. g., arts. 877 e 878).

A interpretação, que demos ao Código de 1939, de não bastar o protesto genérico de provas (e.g., “por todo gênero de prova”) prevaleceu (18 Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 2 de setembro de 1946, R. dos T., 166,258; 68 Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 20 de novembro de 1951, R. F., 145, 262; 28 Turma do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, 19 de abril de 1950, R. do T. de J. do E. S., V. 309; 28 Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 23 de janeiro de 1953). As Câmaras Reunidas do

Tribunal de Justiça de Pernambuco, a 19 de fevereiro de 1951 (A.F., 28, 384), entenderam que “os requisitos a que referem os n0s 1, II, V, VI e VII são secundários (?)e o Código de 1939 exige por uma questão de método (!) e pelas vantagens práticas”. Fugiram ao texto da lei. Poder-se-ia discutir se, sendo a matéria de natureza tal que a prova tenha de ser a testemunhal, o depósito tempestivo do rol, sem impugnação, permite a assentada e a inquirição. A 28 Câmara Civil do Tribunal de Alçadade São Paulo, a21 de novembro de 1951 (R. dos T., 198, 449), resolveu afirmativamente. Podia ter invocado o art. 244.

Oréu, ou autor, que não comparece por seu procurador, é faltoso, e pode o juiz dispensar a produção de suas provas, de modo que não se lhe preexclui poder apresentar documentos (38 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 16 de agosto de 1951, R. dos T., 194, 643).

Antes, o art. 266, II, do Código de 1939 só se referia ao réu. Hoje, o art. 453, § 20, alude a provas requeridas pela parte cujo procurador não compareceu à audiência, e o juiz pode dispensá-las.

Não se pode produzir documento se não se protestou por prova documental. Não tem cabimento processual o protesto genérico de provas(18 Turma do Supremo Tribunal Federal, 27 de janeiro de 1947, R. F., 115, 96; 68 Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 28 de janeirode 1947, R.F., 113, 131; 18 Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 2 de setembro de 1946, R. dos T., 166, 258).

Se a parte protesta por provas e as especifica, o juiz somente pode desatendê-lo, no ensejo de saneamento, com fundamentação suficiente do indeferimento (18 Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 23 de junho de 1964; 28 Câmara Cível, 12 de novembro de 1964). A simples omissão do protesto na petição inicial não é causa de afastamento da produção se feito o pedido oportunamente (cf. 68 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 12 de março de 1963, R. dos T., 367, 114).

Quem alega ter direito e expõe os fatos sabe, de ordinário, o que há de indicar como meios de prova. Isso não quer dizer que tenha de dar, desde logo, o rol de testemunhas, pois que o art. 407 permite o depósito até cinco dias antes da audiência. Não se exige, portanto, que já não petição se apontem as testemunhas. Basta, na petição inicial, referir-se à prova testemunhal; não é de mister que

desde logo diga quais são as testemunhas. A indicação é das provas.

8. “In ius vocatio” Na petição, o autor requer a citação do réu. É a in ius vocatio. Somente quando for citado se iniciará a demanda, estabelecendo-se a a angularidade: autor, Estado; Estado, réu. Não porque a citação em si seja o começo da lide. Abstraiamos de determinado sistema jurídico, para bem compreendermos o que se passa.

a) Ou se cita o réu para vir ajuizo, tão-só, e então se lhe lerá ou entregará o libelo; b) ou se cita, dando-se-lhe conhecimento do pedido, da ação. O processo começa com o primeiro despacho, com a iniciativa do autor; a demanda, com o conhecimento do pedido pelo réu. A citação pura é apenas chamamento. No Código, adotou-se a citação simultânea ao conhecimento, de modo que a instância ou demanda se inicia com ela. A citação, em tal sistema, é a base jurídica, porque envolve o conhecimento da petição. A soma petição + citação é ponto ou ato mais importante do processo, só comparável à sentença mesma, que com ela está em íntima relação: por aquela se pede e se tem ciência do pedido de sentença; essa resolve sobre o pedido. A petição não é ato do autor com duplo destinatário; é ato dirigido ao juiz, com requerimento de citação, que é ato do juiz. A interpretação da petição como dirigida ao juiz e ao réu desatende às realidades, ainda no passado das instituições processuais: é anticientífica e anti-histórica.

No Código de 1939, o art. 196 dizia que “a instância começará pela citação inicial válida e terminará por sua absolvição ou cessação ou pela execução da sentença”. A relação jurídica processual (autor-Estado) inicia-se com o despacho e o Código de 1973 fez dependente da citação a demanda, a eficácia quanto ao réu; portanto, a angularidade. Os arts. 262 e 263 do Código de 1973 são diferentes dos arts. 196 e 292 do Código de 1939.

9. Construção da relação jurídica processual Sobre o pedido, arts. 286-294. O petitum está para a denúncia (ou a queixa) criminal com a sentença civil para a sentença criminal. Ambas têm algo de parecido com a aceitação da oferta, ou melhor, com a atitude do unus ex publico nas promessas unilaterais de vontade, sem que haja identidade entre eles e esse fato da vida no direito material público e privado.

Quando organiza a sua justiça e promete distribui-la,o Estado promete a pessoas

incertas. Quem quer que se apresente (declaração de vontade do autor) e peça (comunicação de vontade) cria entre si e o Estado a relação jurídica processual, “com~~ a pretensão à sentença ou à execução. A “petição” abrange aquela declaração de vontade, aquela comunicação de vontade e as comunicações de conhecimento do art. 282,1-VI, e o composto de comunicação de conhecimento e de comunicação de vontade, que é o “pedido” de citação.

Às vezes a matéria do pedido não é posta toda a uma vez, de modo que o pedido tem de referir-se a esse elemento in fleri, ou variável com as circunstâncias. Então, a petição não é inepta, nem se pode aplicar o art.

267,

1 ou XI (cf. 2a Turma do Supremo Tribunal Federal, 25 de novembro de 1941, R. F., 91,124).

Pedidos genéricos, que não se possam precisar, não bastam. Manuel Gonçalves da Silva (Comentaria, 1, 70) fora explícito: “... quod cum res petitur actione reali, vel personali, non sufficit generaliter eam postulare, sed specifice peti debet; quia, si res petita non exprimatur, nuíla potest esse persecutio, nec reus deliberare valet, an cedere, vel contendere debeat, cum ignoret, quae, qualisve res ab eo petatur”. Tirara-o do texto filipino e da doutrina assente (e.g., Manuel Barbosa e Antônio Cardoso do Amaral). Todavia, se, durante o processo, sem oposição do réu, se assentar o em que consiste, concretamente, o pedido, pode ser proferida a sentença sobre o mérito (Pedro Barbosa, Commentarii ad Interpretationem Tituli Pandectarum de iudiciis, 365: “...implicit sub generalitate verdorum videtur comprehensum... novum est multa admitti parte tacente, quae ea opponente non admitterentur”.

Não se pode pensar em que o Código tinha de afastar pedido genérico e o legislador apontou as espécies em que pode acontecer pedir-se com generalidade. O princípio fundamental é o de ter de ser certo e determinado opedido. Cernere é separar, distinguir; determinare é mostrar o termo, o limite, delimitar, de modo que se pode determinar sem ser certo o pedido, como pode ser certo sem ser determinado. Foi e é a isso que atendeu e atende o art. 286, 28 parte, nos incisos 1, II e III. Não se diga que não se pode fazer pedido indeterminado se uma das espécies dos incisos 1, II e III se perfaz.

A universalidade pode ser de direito ou de fato (e.g., pedido de herança, pedido do patrimônio da empresa que foi transferida a outra). Em quase todos os casos, o réu ou os réus sabem qual o conteúdo do que genericamente se pede. Quanto ao ato ou fato ilícito (entendamos, mais cientificamente: ato,ato-fato, fato ilícito), raramente se pode saber quais foram ou são ou mesmo vão ser as suas consequências.

COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (ART. 283)

Quanto ao valor da condenação, dá-se o mesmo. Ainda depois da verificação do que deu causa à ação, tem-se de proceder, às mais das vezes, à liquidação.

Pode acontecer que se saiba o que se deve quanto a algum ponto ou alguns pontos, e se ignore quanto a outro ou outros. Então, o juiz aprecia, juridicamente, o pedido no que é certo e determinado e no que está incluso no elemento genérico. No que tange com o inciso II, basta que se dê o exemplo da ação de prestação de contas.

É possível que na própria resposta do réu haja elementos suficientes para se ter como liquido o pedido.

10.Exigência de cópias Nos arts. 282 e 283, nada se diz quanto a ter a petição de ser acompanhada de cópias. Há o art. 159 em que se exige, salvo no Distrito Federal e nas Capitais dos Estados-membros, que as petições e os documentos que instruírem o processo, não constantes de registro público, sejam sempre acompanhados de cópia, datada e assinada por quem os oferece. Há, ainda, as medidas dos §~ l~ e 20. Também o art. 223

estabelece que, requerida a citação pelo correio, o escrivão ou o chefe da secretaria ponha a cópia da petição inicial, com despacho do juiz. O art. 225, parágrafo único, concernente ao mandado de citação pelo oficial de justiça, fala de tantas cópias quantos forem os réus, conferidas com o original, se o autor as entrega em cartório, com a petição inicial, para o mandado ser em breve relatório.

Art. 283. A petição inicial será instruída 2) com os documentos') indispensáveis à propositura da ação ~>.

1.Produção de documentos Três regras jurídicas sobre a produção do documento com a petição inicial tem a lei: os arts. 282, VI, 283 e 396. Fundindo três regras jurídicas temos: A petição inicial, que deve indicar os documentos, há de ser instruída com os documentos em que o autor fundamente a ação; salvo: a) quando estiverem em poder do réu; b) quando força maior obste a tal produção imediata; c) em caso de prova que tenha de ser feita para se opor ao que o adversário alegou, ou depois ocorreu (art. 397). Se o autor apresenta a petição inicial sem o documento que devia instruí-la, por ser nele que se funda a ação (não os outros, ainda que referidos), e o caso não cabe nos casos acima apontados, e se não incide o art. 399 e parágrafo único, então deve o juiz indeferir a petição. Se não indefere, ainda lhe resta o exame, por ocasião do saneamento. Antes disso, o réu pode pedir a extinção do processo (art. 267, 1, ou III), ou contestar a ação e requerer que o juiz mande suprir a falta (art. 327). Se o réu não o exigiu, ao juiz é dado ordenar seja junto aos autos o documento (art. 130). Não há no Código a cominação expressa de nulidade. Portanto, a nulidade decorrente de infração do art. 283 é também regida pelo art. 244.

Fala-se de documentos indispensáveis à propositura da ação. Antes, de documentos em que o demandante fundasse o pedido. Eram, em princípio, indispensáveis, pois mencionavam-se espécies em que podiam ser dispensados. Se a razão para a produção é posterior (e. g., o demandado produziu documento ou outra prova que faz necessária a produção, pelo autor, de documento não referido, nem produzido), ai, a produção é no curso do processo (18 Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará, 6 de março de 1963, J. e D., 50, 171). Antes de terminar o saneamento, a produção do documento que faltou é admitida (cf. l~ Turma do Tribunal de Justiça do Maranhão, 28 de janeiro de 1958). Se a situação do demandado é oriunda de direito e de fato, como se é locatário, a

exigência do documento somente se justifica se sem ela a relação jurídica não poderia ser provada, mesmo porque o documento particular se pode perder. Cf. 28 Câmara do Tribunal de Alçada de São Paulo, 19 de agosto de 1963 (R. dos T., 355, 492; 48 Câmara, 17 de junho de 1963, 348, 485).

A dispensabilidade explícita era apontada no Código de 1939, art. 159, parágrafo único. Retirou-o o Código de 1973. Mas há a solução do art. 285, que não constava do Código anterior.

2.Proposição e execução da prova “Instruída”. Nas leis brasileiras significa acompanhada, desde logo, da prova.

Proposição e execução da prova são simultâneas. O problema surge em se saber se a função de verificar a admissibilidade e o ser fundada (idônea), a prova apresentada também se exerce nesse caso. A resposta é afirmativa. O juiz somente não pode ainda apreciar o valor probante; e pode repelir o documento inadmissível ou inidôneo.

3.Impedimento ou demora No Código de 1939 havia o art. 159, parágrafo único, onde se dizia: “Dispensar-se-á a produção inicial dos documentos: a) quando existentes em notas, registros, repartições públicas ou estabelecimentos públicos e houver impedimento ou demora em extrair certidão ou pública forma; b) quando estiverem em poder do réu”. O Código de 1973 retirou-o. Mas temos de pensar nas hipóteses, pois pode, na espécie ou no caso, haver prazo preclusivo para a propositura da ação. No art. 284 prevê-se que a petição inicial não preencha os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresente defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento do mérito, e então o juiz determina que o autor a emende, ou a complete, no prazo de dez dias. Ora, se o autor diz que houve impedimento ou demora, razão por que não juntou o documento, o juiz determina que o autor complete o requisito do art. 283, no prazo de dez dias. No art. 263, 18 parte, estatui-se que se considera proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara. Ora, se basta, nessa hipótese, a distribuição, seria absurdo que se não reputasse proposta a ação se o juiz, no despacho, apenas determinou que o autor completasse o requisito do art. 283, no prazo de dez dias. A eficácia da propositura ocorreu; o que ainda não ocorreu foi a angularização da relação jurídica processual.

Temos ainda de invocar o art. 399, onde se estabelece que o juiz “requisitará às repartições públicas em qualquer tempo ou grau de jurisdição: 1 as certidões necessárias à prova das alegações das partes”. Assim, se a demora ou impedimento é de responsabilidade de quem teria de extrair certidão ou pública-forma, o que foi argUido pelo autor, o juiz, além de dar o prazo de dez dias ao autor, há de requisitar a certidão ou pública-forma.

Pode ocorrer que o autor ou o réu indique provas documentais que constam de repartição e então o juiz manda extrair, no prazo máximo e improrrogável de trinta dias, certidões ou reproduções fotográficas, e, findo o prazo, devolverá os autos à repartição pública (art. 399, parágrafo único).

Se o autor, ou o próprio réu, alega que o documento não se acha em seu poder, e pede a exibição, com fundamento no art. 356, não se poderia interpretar o art. 283 como excludente da espécie em que o documento se acha em poder da outra parte. Têm de ser respeitado os arts. 357 e 358.

Quanto a certidões e reproduções fotográficas, o art. 399, parágrafo único, é de grande relevância. E podemos entender o que sob o Código de 1939 se entendia.

É preciso que haja impedimento ou demora na extração de certidão, ou pública-forma, ou outro instrumento, isto é, obstáculo material, obstáculo humano, ou de tempo para que seja justificada a falta de documentos ou de documento. Se não ocorre um deles, a petição inicial é de ser indeferida por inépcia. É ônus do autor alegar o impedimento, ou a demora, de maneira a ser crido. Se o não faz e o juiz defere, a parte contrária pode reclamar, ainda que o faça na contestação (Supremo Tribunal Federal, 17 de setembro de 1940, R.F., 85, 670, 671).

A indispensabilidade do documento à propositura da ação deriva de o direito ter exigido, para que se possa propor uma ação, a apresentação do documento. Se não se pode alegar um direito, em ação típica ou em qualquer ação, sem o pedido estar instruído com o documento, é evidente que tal instrução é indispensável.

Pense-se na ação executiva de titulo extrajudicial, ou mesmo da sentença, pois que a sentença, ai, é titulo executivo. Pense-se na reivindicação de bem imóvel, que não seria de admitir-se se não há a escritura pública, devidamente posta no Registro de Imóveis. Pense-se na ação de depósito, cuja prova literal é exigida (art. 902).

Pense-se na ação de divisão, cuja petição inicial tem de ser instruída com o titulo de domínio que tem o autor (art. 967). Se falta ajuntada do documento indispensável, o juiz há de indeferir a petição inicial, se, depois de ter sido determinado o complemento, o autor não atender com a diligência (arts. 282, 283 e 284, com o parágrafo único).

4. Documentos em poder do réu ou de outrem Se o documento está em poder do réu, ou é caso de pretensão exibitória (art. 355), ou o autor alega e prova que está com o réu, que o deve produzir, ou sofrer os ônus de não o produzir. Algumas vezes, o documento é apenas referido pelo autor como instrumento de que tem de lançar mão o réu para prova de diminuição no que teria de pedir o autor, que se apressa a declarar existente a causa de diminuir.

Permite-se que se deixe de instruir com o documento, ou os documentos, de que se trata, a petição inicial, se: a) ocorre ser impossível a tempo obter-se certidão, atestado, cópia ou outro ato, ao que se obvia, por exemplo, com as medidas do art. 399; b) há força maior que obste à junção, inclusive por estar em mãos de terceiro a ser notificado segundo o art. 360 ou o art. 361; c) se foi exercida prévia ou concomitantemente a ação de exibição; d) no caso de se tratar de prova contrária (cf. art. 398: “Sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra, no prazo de cinco (5) dias”), cf. 28 Turma do Supremo Tribunal Federal, 23 de setembro de 1949(0 D., 65, 122). Exemplo, tem-se no caso do réu em cujo arquivo se acha o documento, ou de cujo arquivo faz parte o documento (48 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 9 de fevereiro de 1950, R. dos T., 185, 319).

Quando o autor alega que não instruiu a petição com o documento porque a repartição pública se negou a dar a certidão necessária, ou se retardou, há justa causa para propor a ação sem o documento (art. 183) e cabe ao juiz tomar as providências do art. 399. Se não teve razão o autor, a solução é a de se indeferir a petição inicial.

Se o documento está em poder do réu ou de outrem, pode o autor suscitar antes da ação cuja petição inicial tinha de instruir (art. 283), quer o procedimento preparatório de exibição judicial (arts. 844 e 845), quer oprocedimento incidental de exibição do documento (arts. 355-363) contra o réu ou contra terceiro.

No Código de 1939, art. 159, parágrafo único, dizia-se “dispensar-se-á a

produção inicial dos documentos: a) quando existentes em notas, registros, repartições ou estabelecimentos públicos e houver impedimento, ou demora em extrair certidão ou pública-forma; b) quando estiverem em poder do réu.” O Código de 1973 não o reproduziu; mas a interpretação que lhe demos independe de tal texto e não podemos restringir a solução, como fazia o Código de 1939, art. 159, parágrafo único, b), ao fato de estarem os documentos em poder do réu.

Entendamos réu ou terceiro.

Art. 284. Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete’), no prazo de dez (10) dias.

Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial 2) 1. Providências para emenda ou complemento de petição inicial Tem o juiz de ler e examinar, com toda a atenção, a petição, para verificar se foram satisfeitas as exigências constantes do art. 282 e do art. 283. Se há defeitos, omissões, irregularidades e dúvidas, que lhe possam dificultar o julgamento do mérito e de alguma decisão que tenha ou possa ter de tomar o juiz, cabe-lhe determinar que o autor a emende, ou complete, ou esclareça, no prazo de dez dias. Convém e é dever do juiz que assim proceda ao ser-lhe apresentada a petição inicial, porém isso não obsta a que, tendo deferido a petição inicial, depois tenha de exigir que o autor satisfaça o que é necessário ou útil para o julgamento.

2.Indeferimento da petição inicial Há petições iniciais, com tal evidente inépcia, ou falta de atendimento ao art.

282 ou ao art. 283, que suscitam o indeferimento imediato. Se tal não acontece, tem o juiz a oportunidade de determinar que o autor satisfaça os pressupostos legais. Para que se respeite o que o juiz mencionou, o prazo de dez dias. Se o prazo legal se esgota, háo indeferimento. Mas, pergunta-se, j,se o autor alega e prova que de mais tempo precisa, qual a solução? Ou a) se entender que o autor tem de retirar a petição inicial, para, noutra oportunidade, com pleno atendimento, reapresentá-la ao juiz, ou b) se admite que o juiz prorrogue ou renove o prazo, ou c) se deixe ao autor a escolha da solução a) ou da solução b). Devemos acolher a solução b), porque, com ela, o juiz afasta a prorrogação, o

que leva à solução a), ou prorroga ou renova o prazo.

Examinada a petição inicial, tem o juiz de partir da suposição de que vai deferi-la. Mas há de concluir, primeiro, se há ou não há algum dos casos previstos no art. 295: se é inepta; se há legitimidade da parte; se há interesse processual; se não houver preclusão ou prescrição; se o tipo de procedimento corresponde à natureza da causa ou ao valor da ação, ou se, não lhe corresponde adaptar-se ao tipo de procedimento legal; se tudo que se impõe no art. 39, parágrafo único, e 284, foi atendido. Só após isso é que cabe o deferimento.

Se houve omissão da petição e do próprio despacho da inicial, mas a comparência do réu toma irrelevante o defeito como acontece se houve erro de endereço, ou mesmo de nome, pode ter-se como válido o procedimento.

Todavia, se convém que se corrija ou se complete o que foi dito ou feito, por ser necessário à relação jurídica processual ou ao julgamento do mérito, o réu pode arguir o erro ou a omissão, como preliminar da contestação (art. 301, I-XI), como o juiz pode, de ofício, deliberar, até que possa declarar sanado o processo, se não acontece uma das hipóteses dos arts. 267, II-V, 329, ou dos arts. 331, 1 e jjI3, 319 e 324.

O deferimento da petição inicial é para a citação, com que se vai angularizar a relação jurídica processual.

Art. 285. Estando em termos a petição inicial, o juiz a despachará, ordenando a citação ‘)do réu, para responder; do mandado constará que, não sendo contestada a ação, se presumirão aceitos pelo réu, como verdadeiros, os fatos articulados pelo autor 2>

1. Ordem para a citação Se o juiz defere a petição inicial, no despacho há de estar explícita ou implícita a ordem de citação (se à ação não é dispensada a citação), cujo regramento consta dos arts. 2 13-233.

Quando o juiz ordena a citação do réu, para responder, do mandado há de constar que, se o citado não contestar a ação, se presumem aceitos pelo réu, como verdadeiros, os fatos articulados pelo autor (art. 285). Assim, não se pode interpretar o art. 319, relativo ao réu revel e onde se diz que, se o reu nao contestar, se reputam verdadeiros os fatos afirmados pelo autor, como se

incidisse mesmo se não houvesse constado do mandado tal comi 13 Vd., adiante, os comentários ao art. 331, na redação do art. 10 da Lei n0 8.952, de 13.12.94.

nação. O art. 285 precede, no contexto do Código e mesmo conforme o sistema jurídico, ao art. 319.

O edital também resulta de despacho do juiz. Não é o juiz quem afixa o edital na sede do juízo, nem quem o leva ao órgão oficial ou ao jornal local a publicação, nem quem junta aos autos exemplar da publicação. Houve o mandado, e não se pode reduzir o sentido do mandado à hipótese da citação feita pelo oficial de justiça. Quase sempre foi esse, ante o mandado para a citação pessoal, que certificou que o citando é desconhecido ou incerto, ou que se ignora o lugar em que se encontra, ou é incerto tal lugar ou inacessível (art. 232, 1, 2~ parte, e 231, 1 e 11).

Da citação pelo correio, como da citação por edital, há de constar o que se exige no art. 285.

Perguntou-se: se do mandado, qualquer que fosse a citação (pelo oficial de justiça, pelo correio ou por edital), não constou que a revelia faria terem-se aceitos pelo ré os fatos articulados pelo autor (art. 285, 2~ parte), j, é nula a citação? É verdade que o art. 247 diz que as citações e as intimações são nulas quando feitas sem observância das prescrições legais. Todavia, não se há de pensar em invalidade da citação se não houve a advertência do art. 285, 2~ parte. O que se não pode é invocar o art. 319. Se o réu comparece e alega que não houve a advertência do art. 285, 2a parte, fica o problema:

incide ou não incide o art. 319. Aí, não houve revelia, de modo que o art. 319 não incide, e pode o réu alegar que não há presunção da verdade dos fatos articulados pelo autor. Intervindo no processo, recebe-o no estado em que ele se encontra.

No art. 285 fala-se do despacho da petição inicial se ela está em termos. Aí, o juiz ordena a citação do réu, para todos os seus efeitos. Fora daí ou de não ter o autor cumprido a diligência de que cogita o art. 284 e parágrafo único, há o indeferimento, e tal atitude do juiz não é de quem despacha, mas sim de quem julga.

2. Cominação Em vez de apenas pôr em regra jurídica cogente que a falta de defesa importa presunção de reconhecimento do que foi alegado pelo autor, o art. 285, 2a parte, exigiu que do mandado de citação conste a cominação legal de que presumirem admitidos pelo réu com verdadeiros os fatos que o autor apresentou. Não há, aí, reconhecimento da procedência do pedido, assunto no art. 269,11, sobre extinção do processo, mas, sim, apenas presunção de que o réu não negou serem verdadeiros os fatos que foram articulados pelo autor.

Pergunta-se: <~, tal presunção afastou a necessidade de qualquer prova? Adiante, no art. 302 tem-se a solução: a presunção é afastada se não for admissível, na espécie, a confissão, ou se à petição inicial falta instrumento público, que seja essencial ao ato, que foi alegado pelo autor, ou se há contradição com a defesa considerada em seu conjunto (e.g., um dos réus não contestou e o outro ou outros contestaram).

Diz-se no art. 285, 2~ parte, a que remete o art. 225, II que do mandado há de constar que, se o réu não contestar, se presumirão aceitos pelo réu, como verdadeiros, os fatos articulados pelo autor. Se alguém estranha que se fale em mandado e possa ser por edital ou pelo correio a citação, basta que verifique o que consta do art.

232, V, que reproduz a exigência do art. 285, 2a parte, e do art. 223, § 10,14 que faz o mesmo. Ambos remetem ao art.285, 2~ parte. Se houver desrespeito a qualquer dos três artigos, há nulidade da citação. se o réu contesta, porém não contesta a validade da citação, sanada está. Se o réu não contesta, a falta de se inserir a cominação, não precisa sanar-se, de modo que não se pode deixar de considerar verdadeiros os fatos articulados pelo autor.

A razão é simples: quem foi citado sem que, do instrumento da citação pelo correio, por oficial de justiça, ou por edital, conste o que a lei exige para a citação, nula é a citação, e não se há de pensar em revelia, afortiori em eficácia da revelia. Se o juiz tem como revel quem não o foi e profere sentença, o réu pode recorrer, alegando a nulidade, e até propor ação rescisória (art. 485, V) se não obteve a decretação de nulidade. As citações são nulas quando feitas sem observância das regras legais (art. 247).

O art. 285 diz que, não sendo contestada a ação, se presumem aceitos pelo réu, como verdadeiros, os fatos articulados pelo autor. No art. 319 diz-se o mesmo. O

art. 319 está no Capítulo III, que é sobre a revelia. Temos de evitar a confusão que às vezes fazem os comentadores do Código, de falta de contestação e revelia. A diferença levou, acertadamente, o legislador a pôr a eficácia de presunção no art. 285, onde apenas se alude à falta de contestação. Aí, ficou evidente que, mesmo se o réu compareceu e não contestou, o art. 285 incide. Pode ser que o réu não haja contestado a ação e verifique o juiz que não ocorreu revelia e, pois, a falta não suscitou os efeitos do art. 322, o que aliás pode ocorrer em qualquer das hipóteses do art. 320. O réu que comparece à audiência do art. 278 (procedimento sumaríssimo)'5, para que foi citado, e não oferece defesa escrita ou oral, não foi revel: apenas não se defendeu, não contestou.

Por vezes, os legisladores não prestam atenção às diferenças entre as palavras e as empregam confusamente. O

revel não esteve presente, e

14Art. 223, caput, na redação do art. 10 da Lei n0 8.710, de 24.9.93.15Procedimento sumirio, após a Lei 009.245, de 26.12.95.

portanto não contestou, nem poderia contestar o rebelde, o revel. Mas quem compareceu e pois não foi revel pode contestar.

De duo vieram muitas palavras, como duvidar (dubitare), duelo, duelar (dueilare), rebelar, revel, que é um rebelde, alguém que desatende a citação.'6

Quem comparece à audiência, por exemplo, em procedimento sumaríssímo, e não contesta, deixou de contestar sem ser rebelde. A dúvida, quanto à atitude dele, resolve-se na presunção de serem tidos como verdadeiros os fatos alegados pelo autor.

Pode acontecer que o citado comparecente haja oposto exceção de incompetência, de impedimento, ou de suspeição, ou alegado incompetência absoluta. Aí, não contestou. Se o art. 285 é invocável, nada obsta à incidência e à aplicação.

Para que se invoque o art. 319, é preciso ter havido revelia.

Nas Ordenações Filipinas, Livro III, Título 79, § 3, diz-se que "revel verdadeiro.., é aquele, que nem por si, nem por seu Procurador aparece em Juízo,

até se dar sentença definitiva". Já estava nas Ordenações Afonsinas, Livro III, Título 81, pr., e nas Ordenações Manuelinas, Livro III, Título 63, pr.

Seção II

Do Pedido))

1. Início do processo O processo começa pela apresentação da petição inicial ao juiz; com a citação, há angularidade, com que se inicia a demanda, a lide. A demanda judicial nasce no momento em que a outra parte é citada. Desde aí existe a angularidade da relação jurídica processual. Éerro pensar-se que a angularidade da relação só se constitui quando a parte comparece (mesmo nos sistemas processuais de acusação da citação em audíencia), quando é acusada a citação feita. O Código de Processo Civil obedeceu aos bons princípios. Pôs fora a noção de relação jurídica processual direta entre as partes, das duas vontades, que levaria ao engano de se exigir o elemento volitivo do réu. O réu, compareça, ou não, está na outra linha do ângulo da relação jurídica processual. A competência pertence ao desenvolvimento, à vida do processo, não à sua constituição.

Antes da citação, tem o interessado de iniciar o processo que é todo o desenrolar do feito desde o pedido. A concepção do pedido, a assinatura da

16 Revel, de rebeilis, rebelde, tanto quanto rebeliare, rebelar-se, vem de re, de novo, e belium, guerra, esta, forma arcaica de duellu,n, de duo, dois (cf. Ernout-Meiílet, Dict. Éiymologique, 4~

cd., belium).

petição e o despacho do juiz, mandando citar, fazem parte do processo, não ainda da demanda judicial. Processo é, pois, mais do que demanda; demanda é instância, e, eventualmente, mais do que instância no sentido estrito (verbis "primeira instância"). Os arts. 286-294, sobre o conteúdo intrínseco do pedido, e os arts. 282-295, sobre a sua extrinsecação, regulam o que forma a base da futura demanda, não a demanda mesma, no tempo. Salvo casos excepcionais que as leis admitam, os efeitos da angularidade da relação jurídica processual só se operam desde o momento da demanda judicial. Tais como os da litispendência, os da prevenção, os da litigiosidade da coisa, os da mora, os da interrupção da

prescrição. Porque o direito material e o direito processual não se confundem, nem se confundem a relação jurídica processual e a relação de direito material de que se fala no pedido; aqueles efeitos da citação que independam do direito processual podem operar-se mediante a citação pelo juiz incompetente, ao passo que é mais rigoroso o direito processual (art. 219, 1a parte). A regra jurídica que faz irradiarem-se (art. 219, § lo), que permite os efeitos da interrupção da prescrição antes de ser feita a citação, não infringe os princípios; trata-se de simples antecipação dos efeitos da citação. Nos casos em que o juiz se dá na lei a função de estabelecer a relação jurídica processual inaudita altera parte, e.g., nos processos cautelares (art. 804), o ângulo só se completa quando notificada a parte adversa. Protrai-se o traçado da outra linha. Por isso mesmo, direitos processuais em que o adversário seja outro pólo, somente da citação podem começar. Exemplo: a oponibilidade das exceções pode ser antes da contestação. Antes de ser citada a parte adversa, em qualquer processo é possível renunciar-se ao direito (art. 269, V), desistir-se da demanda (art. 267, VIII). O argumento de que se não há de ouvir a outra parte, quando a desistência é feita durante a audiência, portanto depois da citação, é sem valor para se infirmar o que acima foi dito: só se dá se o réu não compareceu (Ordenação Processual Civil austríaca, § 237). Ainda no processo alemão (Ordenação Processual Civil alemã, §

271), que permite a desistência até ao momento de o réu tratar do mérito, tem-se por assente que a relação jurídica processual começa com a apresentação da petição inicial, não da citação.

2. “Petitum” e “causa petendi” O pedido é essencial à demanda, porque a demanda é relação jurídica processual e a petição o ato em que se invoca o órgáo do Estado, que é O juiz. Diz-se o que é se pede (petitum), e por que se pede (causa petendi: art. 282, III), não sendo preciso que se cite a lei, uma vez que no pedido e na causa de pedir está implícita. O juiz há de conhecer a lei, iura novit curia. Está ali para dizer o direito, para aplicar o direito que incidiu. Narra mihifactum, narro tibi ius. Por isso mesmo, não importa se a parte cita um texto e depois outro, ou declara que tem dúvida sobre qual dos textos há de invocar, se um dos que aponta ou todos justificam o seu direito. O dever de não ter dúvidas é do juiz (art. 126), e não da parte. Houve tempo em que exigia a indicação dos nomes das ações, a editio actionis, o que desde muito foi abolido. Se o autor expõe os fatos e faz o seu pedido, logo se vê qual a ação que está propondo.

A tradição do direito brasileiro, desde os primeiros tempos, é a de que as partes

podem deixar de alegar a lei, e o juiz tem de aplicá-la, ainda que não a tenham invocado. Nos enunciados sobre fatos é que o juiz não pode suprir.

Está em Manuel Mendes de Castro (Practica Lusitana, II, 41) que “Yudex potest ex causa iuridica iudicare, quanvis a parte non sit dictada nec allegata, quia in iis, que in iure consistunt potest supplere”.

Art. 286. O pedido’) deve3) ser certo ou determinado2). Élícito, porém, formular pedido genérico9.~

1 nas ações universais, se não puder o autor individuar na petição os bens demandados5); II quando não for possível determinar, de modo definitivo, as conseqUências do ato ou do fato ilícito6), lii quando a determinação do valor da condenação denender de ato que deva ser praticado pelo réu7)8).

1.Qualidades do pedido e espécies do pedido O petitum é o que se pede, não o fundamento ou a razão de pedir, a causa petendi. É o objeto imediato e mediato da demanda. Aí está o motivo da discórdia, que o juiz vai desfazer, declarando quem está com a verdade. De modo que o pedido já tem, em si, algo do direito que se vai aplicar, sem que o interesse do autor seja o mesmo do Estado; o Estado é mais interessado na aplicação do seu direito objetivo. Esse direito objetivo pode ser a favor ou contra o autor, e por isso foi possível a evolução das regras de direito constitucional e processual até esse momento mais recente do que se pensa, o do Estado que se submete, ele mesmo, aos tribunais, aos seus juizes. Evolução ligada à maior importância, para ele. Estado de direito, da realização do direito objetivo do que dos seus interesses, imediatos ou mediatos, de outra natureza.

Quando os Estados ou os dirigentes se furtam a essa submissão à própria justiça, estão em regressão.

Diante do direito material, que permite ao juiz fixar, de ofício, os alimentos devidos à mulher, na separação judicial, tem-se de entender que não é preciso, na petição, que os peça a autora (J~ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 13 de março de 1944; 4~ Câmara Civil, 21 de janeiro de 1943; 2~ Turma do Supremo Federal, 23 de outubro de 1962, D. da J. de 13 de dezembro).

Se a pretensão de direito material que se invoca pertence ao direito de outro

Estado, nem por isso é menor o interesse do Estado do juiz em que se aplique o direito que incidiu, embora estrangeiro. Mas isso já supõe linhas de demarcação da competência legislativa dos Estados; portanto, outro direito, supra-estatal, que imponha essa aplicação, depois de ultrapassado o período da concessão ao outro Estado, em que tal dever era interno.

2. Expressão e determinação O pedido há de ser expresso (não há pedido tácito! Hans Sperl, Lehrbuch, 1, 288) e determinado. Quer dizer: a indeterminação dele não pode ser absoluta. O pedido tem de ser determinado, para que o juiz possa saber o que se lhe pede, e proferir a sentença. Uma das regras jurídicas a que está adstrito, ao ter de concebê-la, é a de delimitá-lo com todo o cuidado, como se recortasse o que se lhe pede e ajustasse ao

"pedido" o objeto que se pediu. Se assim não procede, arrisca-se a julgar além, fora, ou aquém do pedido, ultra, extra ou citra petita. (As expressões "certo ou determinado", "incerto e indeterminado" são empregadas nas nossas leis em tão diferentes acepções que melhor é ter-se o método de substituir a palavra "certo", em alguns casos, por algum outro sinônimo exato. No art. 286, "certo" foi responsável por se omitir a referência a

"expresso".)

O que se pede é objeto da ação. Tem de ser certo e determinado. A certeza supõe estar fora de dúvida o que se pede, quer no tocante à qualidade, quer no tocante à quantidade ou extensão. A determinação é o que resulta de fixarem-se os limites, determinare. Mas pode ser apenas determinável o objeto do pedido (genérico).

No art. 459, parágrafo único, diz-se que, se o autor formula "pedido certo, é vedado ao juiz proferir sentença ilíquida". Isso não estava no Código de 1939. Sobre o art. 459, parágrafo único, os comentários são pertinentes.

No curso do processo pode o autor, ou o reconvinte, abrir mão de algum pedido, isto é, de parte do que formulou na petição (Despacho do Presidente do Tribunal de Justiça da Guanabara, 18 de fevereiro de 1966).

Pode dar-se que a coisa, objeto do pedido, seja coisa futura, como se o autor, tratando-se de madeiras, ou pés de café, ou de cana, recebera a posse desde logo (marcação das árvores, área plantada, quantidade e qualidade, partir-se de

determinado lugar); aliter, se dependente de condição, que não se realizou (Georg Salier, Verkauf von Baumen auf dem Stamme, 28 s. e 44 s.).

3. Concludência O pedido deve ser concludente, além de expresso e determinado. Quer dizer: estar de acordo com o que se expõe, com a causa de pedir.

4. Pedido genérico Ao pedido genérico exige-se ser certo e preciso na sua generalidade. Fora daí, é vago, e inepta a petição, por se tratar de incerteza absoluta.

No art. 286, 1, dá-se como espécie de pedido genérico o das ações universais, isto é, ações em que o pedido recai sobre universalidades, não podendo o autor individuar na petição os bens demandados. Aí, o pedido é determinável. Se a pretensão é quanto a uma universalidade, pode acontecer que o autor somente possa referir-se a ela, ou que, além de a ela aludir, possa individuar todos ou alguns dos bens que a compõem. Advirta-se que o art. 286 exige ser certo e determinado o pedido, abrindo exceção para as espécies em que há a determinabilidade e são as que aponta nos incisos 1, II e III. A universalidade pode ser de direito ou de fato. O

Código não distingue as duas, ao tratar do pedido. Para que o pedido genérico seja admitido, tratando-se de universalidade, é preciso que o autor não possa individuar na petição os bens demandados.

No art. 286, II, o assunto é quanto a ato ou fato ilícito (entenda-se: ato ilícito, ato-fato ilícito ou fato ilícito) e não pode o autor determinar, de modo definitivo, as suas consequiências. Nada obsta, portanto, que indique algumas conseqUências e alegue que não pode falar das outras ou de alguma. A classificação pode ser total ou parcial, como não a pode saber se os animais atingidos vão morrer, ou quais os que não vão morrer, ou quanto vai custar o tratamento da pessoa ofendida. Um dos elementos para se atender ao art. 286, II, é não ser possível, definitivamente, determinarem-se as consequências, porém não é preciso mais do que a alegação, para que se lhe admita o pedido. Tanto o autor como o réu, na fase probatória, é de esperar-se que faça a prova.

Se o pedido não foi genérico, pode acontecer que fato superveniente (art. 303, 1), permita a alegação do art. 286, II. Na espécie do art. 286, Ii, pode haver uma

parte do pedido que é líquida e outra que não o é, ou todo ele é ilíquido. Não se fale, em qualquer dos dois casos, de alternatividade (art. 288), nem da substituibilidade (art.

289). O pedido e um 50:

uma parte, apontada desde já; a outra, eventualmente atendida. O pedido foi um só.

No art. 286. III, o que se espera é que a sentença determine o valor da condenação, que depende de ato que deva praticar o réu. Do ato, diz o art. 286, III; mas pode ser que se trate de dever de omissão por parte do réu, e tenha sido proposta a ação cominatória, ou mesmo cautelar (arts. 798 e 799).

5. Universalidade de bens e pedidos Os conceitos de coisa simples e de coisa composta estão no art. 54 do Código Civil de 1916, onde se diz que “as coisas simples ou compostas, materiais ou imateriais” (aqui “coísas” está por “bens”), são singulares ou coletivas. “Coisas”, nos arts. 54-57, são bens, pois que o art. 54 alude, de começo, a coisas materiais e imateriais. Pluralidade de coisas, que, na concepção corrente do tráfico, se tem como todo, ou unidade superior, é coisa coletiva, e.g., rebanho, armazém, biblioteca; cada cabeça de gado, cada objeto, cada livro, é coisa singular. O Código Civil admite que os direitos entrem no conceito de coletividade (= bem coletivo); portanto, o rebanho e o crédito pela morte de um boi, ou de um cavalo, ou pela venda aprazo. O bem coletivo não é idêntico à soma dos bens singulares que o compõem, nem se altera com a substituição desses. O bem natural coletivo poderia, em direito romano, ser objeto de direito, inclusive de propriedade (assim B. Windscheid, Lehrbuch, ~ 9~ ed., 692; para quaisquer bens coletivos, G. F. Puchta, Pandekten, 9a ed., 52, e, de legeferenda, Eugen Fuchs, Das Wesen der Dinglichkeit, 79 s.; contra o poderem ser objeto de direito, C. G. Von Wãchter, Erôrterungen, 1, 15; Henrich Demburg, Das Pfandrecht, 1,452 s.; H. Góppert, Oberdie organischen Erzeugnisse, 94 s.: A. Randa, Das Eigeniumsrecht, 1,29); porém não se é de se excluir, a priori, que, às vezes (obscuros os textos), podem ser objeto de direito bens coletivos não-naturais, nem basta a explicação de A. Brinz sobre serem vindicáveis sem serem objeto de propriedade.

Se o conjunto de coisas ou de coisas e bens, ou de bens não coisas, tem de ser tratado sob certo aspecto, como todo, diz-se que há bem coletivo. Podem tais

universalidades ser dadas em usufruto, uso, ou habitação (arts.

714, 745 e 748), ou em garantia. Então o direito real recai sobre o todo, menos o consumível (Konrad Cosack, Lehrbuch, ~ 6a ed., 114; Eugen Fuchs, Grundbergr~ffe des Sachenrechts, 31; Otto von Gierke, Deutsches Privatrecht, II, 54; sem razão, Johannes Biermann, Biirgerliches Recht, 1, 375; L. Enneccerus, Lehrbuch, 1, 30~

ed.~34a ed., 289, 39~ ed., § 114, nota

15; Martin Wolff, Lehrbuch, III, 27a.32a ed.,422 e 609; Emst Eck, Vortrãge, 1, 94; Josef Kohler, Lehrbuch, 1, 453; Zwolf Studien, Archivfíir Btirgerliches Recht, 22, 1 s.; Der dispositionsniessbrauch, JahrbflcherfUr die Dogmatik, 24, 291). De regra, o direito de propriedade só recai sobre coisas singulares, de per si; se é inegável que o marido e a mulher têm tal direito sobre os bens da comunhão, não se pode tirar das regras jurídicas sobre usufruto, uso, habitação e garantia real regra jurídica sobre os demais bens coletivos. No direito brasileiro, não é de excluir-se a propriedade da biblioteca, diante das arts. 54-56, tanto mais quanto o patrimônio e a herança não são os únicos bens coletivos, as únicas universalidades (art. 57). Se a universalidade de coisas se caracteriza, difícil seria exclui-la como objeto de direito, por si-mesma; se a universalidade de direito exsurge, também. A empresa, como tal, não é patrimônio, no sentido do art. 57. O que mais importa é saber-se que a propriedade de cada coisa singular tem seu ordenamento de aquisição, a que tem de obedecer. No plano do direito das obrigações, é diferente: pode-se vender, comprar, trocar, doar, alugar, ou emprestar bem coletivo, em que só haja bens corpóreos, ou em que haja bens corpóreos e incorpóreos. Se a transmissão exige pressupostos especiais para os diferentes bens, têm de ser satisfeitos. O que não se pode admitir éque, na falta de regra jurídica especial sobre tal transmissão (e.g. Código Civil, art. 1.572), se entenda possível o direito unitário de senhorio pleno sobre o patrimônio separado (“einheitliches Vollherrschaftsrecht an eignem Sondervermõgen”), a que se referia, em geral, Otto Von Gierke (Deutsches Privatrecht, II, 367). A discussão perdeu muito em se não ter precisado, de começo, a questão: i,Pode o bem coletivo ser objeto? Para a afirmativa, não se precisaria de responder: Sim, inclusive de transmissão de propriedade sem ser como soma das transmissões.

No Código Civil, art. 54, diz-se: “As coisas simples ou compostas, materiais ou imateriais, são singulares ou coletivas: 1. Singulares, quando, embora reunidas,

se consideram de per si, independentemente das demais. II.

Coletivas, ou universais, quando se encaram agregadas em todo". Aí estão a universitasfacti e a universitas iuris.

O arts. 54 trata de conceitos que são do mundo fáctico (coisas simples, coisas compostas; bens materiais), ou de ambos os mundos, o fáctico e o jurídico (coisas ou bens singulares, universalidades de fato), e já do mundo jurídico (bens coletivos, coisas coletivas, universalidades de direito). O direito importa o conceito coisa, bem (singular), que e do mundo fáctíco; e importa o de rebanho, o de enxame (bem coletivo de fato), que também o é. Os conceitos de universalidades de direito, de patrimônio, de pecúlio, de regime de comunhão, já se produziram no mundo jurídico, já supõe, a incidência de alguma regra jurídica, a entrada de suporte fácticos no mundo jurídico, fazendo-se fatos jurídicos, com as suas irradiações de eficácia. Só no plano da eficácia, já no mundo jurídico, é que se pode falar de universidades de direito, de patrimônios, de pecúlios, de regimes de comunhão, de sub-rogação. A própria sub-rogação real do bem singular é no mundo jurídico. No mundo fáctico, apenas há substituições materiais, como a da porta da casa, a da perda da mesa, a da pintura do edifício.

Talvez ocorra que não se possa no pedido individuar o bem ou os bens demandados, a despeito de se tratar de universalidade. Então, o pedido pode ser genérico, isto é, sem individuação do bem ou dos bens que são objeto da ação.

As universitates reruin distinguiram-se em universitatesfacti ou hominis e universitates iuris (de direito, iuris!, e não de direitos, iurium, pois aquelas também o são). A distinção entre coisas singulares e universais ou coletivas já é feita no mundo jurídico: esse não a recebe, sem mais, do mundo fáctico, a despeito do outro sentido que tem, na L. 23, pr., D., de usurpationibus et usucapionibus, 41, 3, a expressão "universitas". As universitates facti são de direitos, posto que a atração provenha dos fatos (e. g., rebanho). No terreno gnosiológico, passa-se o mesmo que ocorre com as pessoas físicas e as jurídicas, aquelas não são menos entidades jurídicas que essas: alude-se, tão-só, a maior carga de fáctico. Quando Rudolph Sohm, Der Gegenstand, 16, pretendeu que, na alienação do direito de propriedade, se alienasse a coisa, ao passo que se cedesse o direito de crédito, ainda fora vftima do romantismo da disposição da coisa, expressão que se mostrou ser elíptica).

6. Ato ou fato ilícito Os dois conceitos apanham a responsabilidade em se tratando de força maior ou caso fortuito (fato jurídico ilícito), mau uso da propriedade, tomada de posse com violação da posse de outrem, gestão de negócios contra a vontade presumível ou manifestada do dono, ofensa à boa-fé, no trato dos negócios (ato-fato ilícito) e atos de violação de direito (atos ilícitos stricto sensu). Raramente se pode saber qual o importe do dano, mesmo se houve destruição de bem móvel.

7. Ato a ser praticado e valor da condenação Pode acontecer que somente após saber-se o custo do ato a ser praticado pelo demandado é que se pode determinar o valor da condenação. Então, o pedido pode ser genérico.

São exemplos: a escultura ou a pintura prometida; o saldo da conta (cf. art. 918).

8. Exaustividade da enumeração O art. 286 contém três incisos e não se há de admitir pedido genérico que não caiba num deles. “Genérico” está, no art. 286, 2a parte, por “determinável”, em vez de “determinado”, que é assunto do art. 286,1a parte.

Art. 287. Se o autor pedir a condenação de réu a abster-se da prática de algum ato, a tolerar alguma atividade, ou a prestar fato que não possa ser realizado por terceiro’), constará da petição inicial a cominação da pena 3> 9

pecuniária para o caso de descumprimento da sentença (arts. 644 e 645) 9~17

1. Prestação de abstenção e prestação de fato Já o Código de Processo Civil do Distrito Federal, art. 573, possuía a regra jurídica geral, abrangente de todas as pretensões de fazer ou de não-fazer por parte de outrem.

Há “pretensão”, devendo evitar-se só se falar de obrigações de fazer ou não-fazer, sem se aludir à pretensão do autor, porque não é certo que a toda obrigação de fazer ou não-fazer corresponda a pretensão de alguém, ou vice-versa, e a discussão teórica levaria a dificuldades enormes. Ponha-se o intérprete, como a lei o determinou, ao lado do autor a legitimar-se, sem perder de vista que a pretensão à tutela jurídica é contra o Estado, e a legitimação passiva tem de ser apurada segundo os seus princípios.

Dar supõe ato de quem presta, portanto algo faz quem dá. Mas a técnica

científica acertadamente abstraiu dos elementos que são os preponderantes. Dando-se, evidentemente algo se fez, mas o que está à frente é a entrega da coisa, de modo que mais se vê a eficácia do ato do que o ato: o que importa éo que resultou do que se fez, e não o ato em si. Nas obrigações de não-fazer, o que se presta é a abstenção. Sem que, com isso, se possa pensar em que se prestou.

Outro ponto que merece desde já ser elucidado é o referente ao brocardo Nemo praecise adfaciendum cogi potest. Entendido como vedação da ação direta do Estado, é vigente. A própria prisão é ação indireta. Não assim o outro brocardo * Nemo praecise ad (non) faciendum cogi potest: pode-se, por exemplo, impedir o crime. A regra jurídica geral, de direito material, é que se ponha alguma alternativa ou se cobrem perdas e 17~d. o art. o art. 461, na redação do art. 10 da Lei n0 8.952, de 13.12.94 e os arts. 644 e 645, na redação do art.

10 da Lei n0 8.953, da mesma data. O art. 461 concede a tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer e seus § § 30 e 40 autorizam a outorga do pedido, liminarmente, ou após prévia justificação (citado o réu, nesta ultima hipótese), se, relevante o fundamento da demanda, houver justificado receio da ineficácia do provimento final. Os arts. 644 e 645 e respectivos parágrafos unicos tratam da estipulação da multa, do seu aumento ou redução.

A cominação de pena pecuniária, referida no art. 287, não é incompatível com a tutela específica do atual art.

461, cujo § 2”, aliás. expressamente remete àquele. Pode-se pedir a multa, ainda quando se postule a tutela específica. Também não se incompatibiliza com o art. 644, caput, que trata de omissão da sentença quanto à multa (só incabível se a sentença a houver negado), nem com o parágrafo único deste, que autoriza o juiz da execução a modificar o valor da multa, verificado que se tomou insuficiente ou excessivo. A remissão do art.

287 ao art. 645 deve ser interpretada, atualmente, no sentido de que o autor da ação de execução de obrigação de fazer ou não fazer, fundada em título extrajudicial (inciso II do Art. 585, com a redação do art. 10 da Lei n0 8.

953), pode pedir a cominação da multa, para o caso de descumprimento, não da sentença, inexistente porque extrajudicial o titulo, mas da obrigação. Ainda que não o faça o exequente, o juiz procederá de acordo com o Art. 645.

danos (efeitos de alternativa implícita). De modo que não se dá a precisa execução da obrigação de fazer ou de não-fazer, se o agente obrigado não quer. Naturalmente, sempre que a obrigação pode ser executada por outrem, o cumprimento se dá, em vez da condenação a perdas e danos. A melhor distinção entre as obrigações é entre obrigações de prestação pessoal e obrigações de prestação material, e aquelas podem ser negativas ou positivas (sendo difícil, porém não impossível, ocorrer prestação material negativa). A obrigação de suportar, ad patiendum, é subespécie de obrigações passivas, por sua vez subespécie das negativas ou mistas. Aqui, o Código limita-se à estrutura do preceito cominatório: praeceptum de faciendo, ou de non faciendo, ou de patiendo, e cominação, poena. A cominatória de modo nenhum infringe o brocardo Nemo praecise adfaciendum cogi potest, como a condenação da perdas e danos, ou a ameaça disso, não o viola. O brocardo obsta à ação direta, não à cominatória.

As obrigações de declarar são obrigações de fazer.

A fonte foi Lei de Afonso III, de dezembro de 1340, que Afonso V alargou e explicitou, com fundamento em costume (Ordenações Afonsinas, Livro IV, Titulo 62, § 5): “... porque fomos certamente enformado que assim foi delongamente usado, e geeralmente julgado em estes Regnos; ca em outra guisa os que se obrigasseem a dar ou fazer alguã cousa, tarde ou nunca comprirám o que prometessem de dar ou fazer sabendo que per sua tardança nom aviam de pagar mais que o principal. E esto, que dito avemos nas penas convencionaaes, Mandamos que haja lugar nas penas judiciaaes postas per alguns Juizes a alguãs partes, ou fiadores em algum caso”.

Há no texto afonsino referência a “dar” e a “fazer”. Depois, pôs-se “fato” em lugar de “dar ou fazer”. Mas as Ordenações Manuelinas, Livro IV, Tftulo 44, pr., ainda se referiam a devedor “obriguado dar ou entreguar alguus bens de raiz, ou moveis,..., mas tambem quando for obriguado a algua obra, ou feito que prometesse fazer a tempo certo”.

O devedor tem de fazer ou de não-fazer, de dar ou de não-dar, que também são fazer e não-fazer, ou deve não-fazer. (Algumas vezes, leis e juristas empregam a palavra “dever” em sentido mais largo: dever do comprador de apontar os defeitos, dever de apresentar o crédito à falência. Mas, aí, não há dever; quem deixa de apontar os defeitos da coisa comprada, ou de concorrer à falência,

acarreta com a preclusão da ação redibitória e quanti minoris, ou sofre a consequência de comparecer à via recursal. Trata-se de ônus ou de incumbências.) As obrigações a que se refere o art. 287 podem ser pessoais ou reais. Não são necessariamente pessoais. A obrigação é real. Se concerne a imóvel, evidente é que o foro da situação se impõe (sem razão, a 3~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 12 de abril de 1951, R. dos T., 192, 300). A restauração de cerca divisória pode ser objeto de obrigação pessoal (não necessariamente, como pareceu à 2a Câmara Civil do Tribunal de Alçada de São Paulo, a 11 de junho de 1952, R. dos T., 203, 537).

Quando se propõe ação cominatória propõe-se ação condenatória, razão para que se lhe dedicasse capitulo especial. A cominação é apenas elemento do conteúdo do pedido. O autor pede a condenação do réu a abster-se, ou a tolerar alguma atividade, ou a prestar fato, e a pena é pecuniária se descumprida a sentença (art. 287). Há os arts. 644 e 645. O art. 287 fala de prestar fato que não possa ser realizado por terceiro. O art. 644 e o art. 645

não aludem a fato que não possa ser realizado por terceiro, de modo que têm maior extensão que o art. 287.

Pense-se no art. 633, relativo à obrigação de fazer: se, no prazo fixado, o devedor não satisfaz a obrigação, pode o credor, nos próprios autos do processo, requerer que ela seja executada à custa do devedor, ou haver a indenização. Se a obrigação não pode ser realizada por terceiros, rege o art. 287. A cominação consta da petição inicial do art. 287.18 Nas espécies dos arts. 642-645, como nas dos arts. 632-641, está-se a executar obrigação de fazer ou de não-fazer. (Os arts. 639-64 1 são assuntos que merecem trato especial. No art. 639 cogita-se da eficácia da sentença no tocante à de negócio jurídico. No art. 641, da eficácia da sentença no que tange com a declaração de vontade que tinha de ser emitida e não o foi). Se o réu tinha de prestar o que terceiro também poderia realizar, a tutela jurídica leva também a que seja prestado pelo terceiro. Vamos a exemplos: o devedor tinha de imprimir a obra, ou construir a casa, ou de fazer a cerca ou o muro. Regem os arts. 633-641, onde se prevê que o próprio credor execute, ou dirija e fiscalize as obras e trabalhos necessários (art. 637). Quanto às obrigações negativas, arts. 642-645.

Quando à ação de prestação de contas, que estava no rol das ações cominatórias (Código de 1939, art. 302, V), o Código de 1973 dedica-lhe o Capiulo IV (Da

ação de prestação de contas), arts. 914-919 (Livro IV, Tiulo 1). O

pedido do locador para que o locatário consinta nas reparações urgentes do prédio locado funda-se em regra jurídica do Código Civil, art. 1.189, e o do locatário faz-se em ação com a cominação. Dá-se o mesmo, 18Na sua atual redação (vd. anota 17)os arts. 461,644 e 645 mostram que o art. 287 incide, quer se trate de obrigação que não possa ser realizada por terceiro, quer se trate de obrigação que terceiro possa efetivar, se é que não foi sempre assim.

porém em procedimento sumaríssimo (art. 275, II,]), "~ se o proprietário ou inquilino de um prédio pede, sob cominação de multa, que o dono ou o inquilino do prédio vizinho não faça dele uso nocivo à segurança, ao sossego ou à saúde dos que naquele habitam. Também o proprietário do prédio ou de apartamento para exigir do dono do prédio vizinho, ou do condômino, demolição, reparação ou caução pelo dano iminente (Código Civil, art. 555). O art. 287 é invocável e, devido ao valor, pode ser de rito sumaríssimo.20 Também o que se estabelecia no art. 302, IX, do Código de 1939, relativo a infração de regras jurídicas proibitivas sobre prédio ou apartamentos pode ser hoje objeto de ação condenatória com a cominação. Quanto ao art. 302, XI, do Código de 1939 é de remeter-se, hoje, aos arts. 934-940, sobre ação de nunciação de obra nova.

Sempre que lei ou negócio jurídico criar obrigação de fazer ou de não-fazer, cabe a cominação. Não se tem hoje o que estava no Código de 1939, art. 302, XII, mas é o que se tira dos arts. 287, 644 e 645 do Código de 1973.

A ía Câmara Civil do Tribunal de Alçada de São Paulo, a 17 de junho de 1952 (R. dos T., 203, 520; R. F., 148, 239), entendeu que o inquilino não pode ser constrangido, por via de ação cominatória, a permitir a entrada na casa locada, ainda que em horas determinadas, a estranhos, interessados na aquisição. O acórdão não examinou o problema de direito material, que é o seguinte: 6tem o inquilino (ou outrem, com direito à posse) obrigação de deixar ver-se o prédio que se vali alienar? Tal obrigação existe. A posse não exclui o exame pelo proprietário, que suspeite de serem necessárias obras urgentes, nem por estranhos, que desejem adquiri-lo. Negar que o dono do prédio possa exigi-lo é sustentar que, com a dação da posse, se lhe diminuiu ou cerceou o poder de dispor. O

caminho mais fácil para se regular a visita ou vista do prédio, em ação de

regulação do exercício do direito de propriedade, se falha o acordo, é a preceitação, ou o possuidor escolhe as horas, ou admite que o proprietário as escolha, ou acorda em que o juiz as fixe, ou incorre no que foi cominado para o caso de opor-se a qualquer visita ou exame. Isso não quer dizer que a ação de regulação não possa ser proposta com o rito ordinário.

A generalidade do art. 287 é de grande relevância, tais as espécies que se subsumem nela. Não se diga que se revogou o Código Civil, que "só

19A alínea jdo art. 275 foi implicitamente ab-rogada pelo art. 1" da Lei n" 9.245, de 26.12.95, quereformulou o procedimento do art. 275, denominando-o zumarío.20Rito .çunui rio (Vd. a nota 19).

admitiu a condenação a perdas e danos". Esse é o modo de executar-se, no plano material, a obrigação de fazer ou de não-fazer. Não se exauriu, com isso, a importância processual das pretensões do credor, existentes em direito material, nem se proibiu a adesão de efeitos de origem processual, nem, ainda mais, a criação de pretensões processuais. O que o Código Civil adotou, adotou-se no seu terreno, e somente regras de direito material, postas na leis processuais, ou noutras leis de direito material, podem derrogá-lo nas regras de direito material que são quase todas as suas. Onde ele in,seriu regra de direito processual, a derrogação obedece aos princípios que governam a derrogação ou revogação das regras da mesma natureza. Não éverdade, por conseguinte, que o Código de Processo Civil de 1939 tenha revogado o Código Civil. A regra jurídica que formulou é regra puramente de direito pré-processual, cujos pressupostos são reflexos, imagens, dos pressupostos do direito material imperativo ("por lei"), ou dispositivo, ou interpretativo ("ou convenção"), sem que se exclua a hipótese de ter nascido no próprio direito processual, no próprio Código, a pretensão a que se confere a cominatória. Por exemplo: é defeso lançar nos autos cotas marginais ou intercalares, e o advogado, no memorial publicado, escreveu que vai "marcar bem esses lugares nos autos"; de posse dessa prova de propósito de offendendo, pode a outra parte pedir preceito cominatório. Lei não é só o Código Civil; nem a inserção do ato no Código Penal inibe o juiz de conhecer dos pedidos de cominação para evitar a prática de ato futuro, de que alguém se tenha de abster, por lei ou convenção.

O ofício do juiz exerce-se, aí, em toda a extensão que os dois conceitos de "obrigação de fazer" e "obrigação de abster-se" traçam à sua inovação. O autor

implora-o, como diziam os nossos velhos juristas, ad mandatum nonfaciendi ou ad mandatumfaciendi. Nas Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 70, pr., lia-se: "... quando for obrigado a alguma obra, ou feito, que prometesse fazer a tempo certo; porque em tal caso não a fazendo ao tempo, que se obrigou, deve ser estimada a obra, que houvera de ser feita, e quanto for a estimação, tanto poderá crescer a pena". Dai partiam os praxistas para o uso do preceito cominatório, nos casos de obrigação de fazer, aliás substituindo o "estilo do reino" de prender o obrigado, muito frequente contra os obreiros e artífices (Manuel de Almeida e Sousa, Ações Sumá rias, 1, 338).

Odireito, a pretensão e a ação a que o art. 287 se refere, não é só o direito pessoal a pretensão e a ação pessoal; pode ser, implicitamente, o direito a pretensão ou a ação real. Aliás, a pretensão; porque, se o direito é desmunido de pretensão, ou de ação, não cabe a ação cominatória, ou qualquer outra. Em todo caso, pode dar-se que exista a pretensão e não exista outra ação que a cominatória, ou outras ações que a cominatória, e então éintentável essa. No dizer "direito de exigir", contém-se, em termos atécnicos, referência a "direito" e a "pretensão".

A ação cominatória, ou preceito cominatório, ou a antiga "ação de embargos à primeira", começa pela resolução inicial do juiz, de comunicação de vontade, em vez de só declaração de vontade. Nenhum elemento executivo.

Pouco de declaração, cognição incompleta, como se passa com as ações executivas, mas, aí, chama-se

"contestação", e não "embargos", àdefesa do réu. O que caracteriza o processo cominatório é nascer da lei processual, de regra, a pretensão à pena. O art. 287 aponta os casos de preceito cominatório, exaustivamente; e qualquer lei que crie outros casos estatui no plano processual. A origem romana, direta, do preceito cominatório português (talvez lenda de praxistas), não está provada, a despeito da ênfase de alguns juristas. Seja como for, a cominação supõe alternativa, de que usaram juristas romanos e medievais, muitas vezes com a pena de excomunhão para cobrança de créditos pios da Igreja. Na praxe portuguesa e na brasileira, longamente misturado com o interdito possessório, o preceito cominatório conseguiu manter certa fisionomia própria, readquirindo, no Brasil, com a legislação de alguns Estados-membros (Códigos de Processo Civil do Distrito Federal, arts. 573 s.; São Paulo, arts. 795 s.; Espírito Santo, arts. 600 s.),

a estrutura autônoma, com o pressuposto objetivo do pedido de ato ou fato, isto é, ligado à pretensão à tutela jurídica do credor de pretensões e obrigações de fazer ou de não-fazer. Na ação cominatória, “ou o réu executa ou sofre a pena”. O preceito de solve~tdo é comum e comistura-se à citação nas duas espécies de processo. A segunda parte do dilema é diferente: ali, execução, portanto efeito executivo do título, nos processos de execução de títulos extrajudiciais, à semelhança das execuções de sentença (arts. 584 e 585), aqui, pena, requerida pelo réu, e cominada pelo juiz, com a autoridade que lhe dá (ou lhe confirma, se coincide alguma lei material ter instruído a pretensão) a lei processual, isto é, o art. 287. O efeito cominatório é, de regra, função da regra de direito processual, posto que a pena de prisão costume aparecer em regras de direito material. Sempre que se inicia processo com a cominação, de quantia ou de prisão, está-se na classe dos processos cominatórios.

A ação de cominação vem-nos da cominação histórica do indiculus commonitorius franco com certas regras jurídicas romanas, como a da L. 5, § 10, D., de operis novi nuntiatione, 39, 1. Parte-se, na sua fase inicial, de cognição incompleta, sem violação, portanto, do princípio de se não julgar antes de conhecer, de modo que, cominando-se, se se adianta condenação, como, tratando-se das ações executivas de títulos extrajudiciais, em que o juiz também parte de incompleta cognição, se adianta execução.

Assim, quando alguém intenta tal ação executiva obtém despacho inicial favorável, seguindo-se-lhe a citação, com esse despacho, de cognição incompleta, e a respectiva penhora, se estabelece status litis, com todas as conseqUências jurídicas da medida que se deferiu, inclusive a de ineficácia da venda ou gravame dos bens penhorados. A sentença final ou completará a cognição (que foi 1/2) como reforço que há na decisão favorável completante (1/2 + 1/2 = 1), ou a destruirá, com a decisão desfavorável ao autor (1/2 - 1/2 = 0). Quando alguém intenta ação de preceito cominatório do art. 287 e obtém despacho inicial favorável, seguindo-se-lhe a citação, o status litis, à semelhança do que ficou dito, estabelece-se. O despacho inicial, de cognição incompleta, adianta condenação; é como se o réu estivesse condenado; mais do que se 21

apenas estivesse citado em ação de condenaçao.

Nas Ordenações Afonsinas, Livro III, Título 80, § 6, estatuía-se: “... bonde tratamos dos autos nom começados, mais cominatórios, Dizemos que a parte,

que se teme ou recea ser aggravada, se pode socorrer aos Juizes da terra, improrando seu Officio, per que mandem prover como lhe nom seja feito tal aggravo". E acrescentou-se, no § 70: "E ainda Dizemos, que poderá fora do Juízo apelar de tal comminaçam, a saber, poendo-se sob poderio do Juiz, requerendo, e protestando da sua parte e aquelle de que se teme ser aggravado, que tal aggravo lhe nom faça. E se depois do dito requerimento, e protestaçam assy feita, for algui~a novidade cometida, ou atentada, e o Juiz depois for requerido pera elIo, mandará todo tomar, e restituir ao primeiro estado". No § 8, que merece toda a atenção, dizia-se: "E em tal apelaçam, ou protestaçam assy feita deve ser inserta, e declarada a causa verisimil e resoada, por que assy apelou, ou protestou, como dito he nas outra apelaçoens. Pode-se poer exemplo: Eu me temo de alguum, que me queira ofender na pessoa, ou que me queira sem rezam ocupar, e tomar minhas cousas; se eu quero, posso requerer ao Juiz, que segure mim, e minhas cousas delie, a qual segurança me deve dar: e se depois della eu receber ofença do que fui seguro, o Juiz deve hy tomar, e restituir todo o que for cometido, e atentado depois da dita segurança dada, e mais proceder contra 21Diga-se o mesmo do mandado monitório de pagamento ou de entrega do art. 1.1 02b, enxertado no CPC pelo art. 1" da Lei n0 9.079, de 14.7.95. O ato que ordena a expediç5o desse mandado éuma sentença condenatória condicional (cf. meu livro A Reforma do Código de Processo Civil, r ed., Saraiva, 5. Paulo, 1996, p. 175).

(ART. 287)

aquelle que a quebrantou, e menos presou seu poderio". O grifo é nosso. O legislador vinha falar de três casos, que seriam o dos atos começados e acabados, isto é, o dos interditos recuperatórios, cujo nome (interditos) e apelação vinham do Direito (= direito romano); o dos atos começados e não acabados, que é único achado em Direito (= em direito romano), o da nunciação de obra nova, "lançando pedras na obra segundo Direito, e usança da terra"; e o do preceito cominatório, a respeito do qual nenhuma referência se fez ao Direito (= direito romano).

As regas jurídicas afonsinas persistiram nas Ordenações Manuelinas, Livro III, Título 62, § 5: "... quanto ao terceiro caso dos autos extrajudiciaes, que non sam começados, mas cominatorios, Dizemos, que a parte que se teme ou recea seer agrauada per a outra parte, se pode socorrer aos Juizes da Terra, implorando seu officio, que o prouejam como lhe nom seja feito agrauo."

No § 6, já o legislador juntou o que estava, separadamente, nas Ordenações Afonsinas, Livro III, Título 80, § §

7 e 8; “E poderá ainda fora do Juizo apeliar de tal cominaçam, conuem a saber, poendo-se sob poderio do Juiz, requerendo, e protestando de sua parte a aquelle de que se teme seer agrauado, que tal agrauo lhe non faça. E se despois do dito requerimento, e protestaçam assi feita, por algZia nouidade cometida, ou atentada, mandará o Juiz (se for requerido) tomar, e restituir todo ao primeiro estado, e em tal protestaçam será inserta, e declarada a causa verisimel e razoada, por que assi protestou; pode-se poer exemplo, se alguií se temer d’outro, que o queira ofender na pessoa, ou lhe queira sem razam ocupar, e tomar suas cousas, elIe poderá (se quiser) requerer ao Juiz, que segure a elIe e a suas cousas do utro, que o quiser ofender, a qual segurança lhe o Juiz dará; e se despois

procederá contra aquelle que a quebrantou, e menos prezou seu della elIe receber ofensa daquelle de que foi seguro, restítuíloha o Juiz, e tomará todo o que foi cometido e atentado depois da dita segurança dada, e

mandado, como achar por Dereito”.

É absurdo ver-se na ação das Ordenações Afonsinas, Livro III, Título 80, §§ 6 e 7, ação possessória. Nem os §§

6 e 7, que trataram dos pressupostos, aludem ao Direito. Só o fizeram a respeito do primeiro caso (ações recuperatórias) e do segundo (nunciação de obra nova).

Os interdicta eram atos judiciais, que supunham funções pretórias que o procedimento formulário desconhecia.

Eram remédios jurídicos processuais que mais se assemelhavam às medidas policiais e administrativas, para se evitarem ofensas à ordem jurídica. A proteção de interesses privados era secundária. Eram mandamentos para o caso de existirem os fatos alegados.

DA PETIÇÃO INICIAL

A fórmula do interdictum utrubi fala por si. Quanto aos interesses privados, mais

atendiam a questões de estado das pessoas e de famfiia, sucessões, posse (Tratado de Direito Privado, Tomo X, § 1.150, 1) e penhor. Nas Ordenações Filipinas, Livro III, Tiulo 78, § 5, lia-se: “... a parte, que se teme, ou receia ser agravada pela outra parte, pode recorrer aos Juizes da terra, implorando seu Ofício, que o provejam, como lhe não seja feito agravo... E se depois do dito requerimento e protestação assim feita, for alguma novidade cometida, ou atentada, mandará o Juiz (se for requerido) tomar a restituir tudo ao primeiro estado”... Adiante, ainda se fala do que “foi cometido e atentado”.

A restituição in pristinum, a repristinação, é quanto à infração do preceitó, com a poena, e quanto à atentação:

“...si postea aliquid innovatum, vel attentatum fuerit, iudex iilud restituet in pristinum statum, petente parte”, escreveu Manuel Gonçalves da Silva (Commentaria, JJJ, Y ed., 165).

Ha a íníbíçao oriunda do preceito de non offendendo, que é específico da ação cominatória, e a inibição geral de inovar, que resulta de se proibir alteração do status litis. Pelo fato de ser cominatória a ação, não se exclui a vedação de atentar, que é comum às ações.

Feita a citação, tudo que interessa à instrução e futura decisão da demanda deve permanecer como está. Tal o princípio jurídico, criador do direito subjetivo e da pretensão a que se não inove no estado da lide. Se ínovaçao ocorre, surge a ação de atentado.

A inovação durante a lide, quanto ao objeto (não se confunda com coisa, pois res em res in indicium deducta não é o bem material, e sim o assunto deduzido), dá ensejo à ação de atentado: porque é ato ou omissão contra statum litis. Não é preciso que se altere a prestação pedida; basta que se faça “de novo aliquid, circa rem de qua agitur, quod ante litem coeptam factum non erat, et nocet statuit causae”(Álvaro Valasco, Decisionum Consultationum ac re rum iudicatarum, II, 374). Se a invocação excede e, a mais, há esbulho, a ação possessória também cabe. Não se exclui a de atentado, porque quod pluris est utique tanti est (Álvaro Valasco, II, 375). Por aí bem se vê a distinção entre o condenável do atentado e o petitum da causa.

A ação de atentado pode dar-se a respeito de qualquer classe de ações, sendo

que, nas ações combinatórias, pode o ato ou omissão não bastar àcominação, mas ser atentado (cp. Tribunal de Apelação da Bahia, 26 de maio de 1943, Revista dos Tribunais, da Bahia, 35, 70).

2. Conceito de cominaç~o Cominação é declaração de vontade unilateral receptícia. Não a faz a parte; a parte comunica ao juiz a sua

vontade de obtê-la (comunicação de vontade). A declaração cominatória éo conteúdo do deferimento do juiz.

Parece-se com o daquele deferimento ao pedido de citação, interpelação ou intimação para constituir em mora.

Apenas um dirigido a conseqUências de direito material; outro, a conseqUências processuais.

Nas Ordenações Filipinas, Livro III, Título 78, § 5, lia-se: “... pode-se por exemplo: se algum se temer de outro que o queira ofender na pessoa, ou lhe queria sem razão ocupar e tomar suas coisas, poderá requerer ao juiz que segure a ele e as suas coisas do outro, que o quiser ofender, a qual segurança lhe o juiz dará: e se depois dela ele receber ofensa daquele, de que foi seguro, restitui-lo-á o juiz, e tomará tudo o que foi cometido e atentado depois da segurança dada, e mais procederá contra o que a quebrantou, e menosprezou seu mandado, como achar por direito”. Aí~ se baseava, no velho direito, o preceito cominató rio. Chamavam-no “embargos à primeira”, por abreviação: cautio de non offendendo (Manuel Gonçalves da Silva, Commentaria, III, 165: “...

ilíam condedunt Regii Magistratus illi, qui rationabiliter timet inimicum offensionen sibi facturum, deducta, et iustificada iusta causa metus, constitoque de iusto timore, causa cognita, per testium informationem”). Motivos frívolos de crer na ameaça não bastavam. A ameaça pode ser por interposta pessoa. Discutiu-se se, havendo também temor por parte do réu, a controvérsia cessava e, pois, a ação. Mas os jurisconsultos portugueses cortaram cerce a questão, separando as duas pretensões e entendendo que ao juiz caberia ordenar as duas

“cauções”, ditas “recíprocas”(sem exatidão para todos os casos).

3. Carga de eficácia sentencial É inexato dizer-se, como fazem alguns juristas, que as ações cominatórias, as ações de preceito cominatório, são ações declarativas condenatórias. Primeiro, porque preponderantemente elas não são declaratórias: a declaração é quaestio praevia, inserta no mérito, porém de modo nenhum é a força de sentença; condenatória é o que são elas, com eficácia declarativa imediata, o que lhes permite que a execução seja posterior, noutro processo. Condena-se, porque se declarou e o preceito não foi atendido. Preceitou-se, de jeito que o não-cumprimento da obrigação de fazer ou de não-fazer dá ensejo à condenação do demandado ao que foi cominado, como se tivesse sido proposta a ação de condenação e o demandado não cumprisse aquilo a que fora condenado, lhe teria de ser exigida a indenização (as perdas e danos). A cominação está, portanto, no lugar da indenização: em vez de condenar ax, correspondente ap, comina-se a y, que há de ser próximo de x, e cobrirá os prejuízos, ainda que depois, condenado, possa o demandado prestar p.

Por assimilação de institutos estrangeiros semelhantes, porém não idênticos, alguns juristas exageram o elemento executivo da ação de preceito cominatório, e alguns chegam a ver na cominação começo de execução, o que é absurdo. Firmado na non plena cognitio, com que definiu a petição inicial, ojuiz cominou a pena, expediu o preceito, o mandado, a comminatio. Não há, de maneira nenhuma, adiantamento de execução. Só há adiantamento de condenação, razão por que, se o preceitado não comparece, a sentença é de carga exatamente igual à que teria se tivesse havido a contestação e o procedimento ordinário.

A ação cominatória, no direito brasileiro, é proponível sempre que, por lei ou convenção, haja pretensão a se exigir de outrem que se abstenha de ato, ou preste fato. Desde que alguém é prejudicado, em se tratando de direito absoluto, ou relativo, por ato, positivo ou negativo, de outrem, que possa continuar, ou repetir-se, ou haja receio de que tal ato, positivo ou negativo, se dê, causando prejuízo, nasce a ação cominatória, que é 5 ção irrad

a

iada da pretensão à abstenção ou à prática de ato alheio.

2 Não se confunda o preceito cominatório, ação (art. 287), com a cominação dos

arts. 638 e 642, que se baseia na sentença exeqllenda, e não na lei ou na convençao.

A ação cominató ria é ação pessoal, somente tem por fito adimplemento, pelo demandado, de alguma obrigação ou de algumas obrigações de fazer ou de não-fazer. O legitimado a propô-la pode ser legitimado a outra, ou outras ações, de modo que lhe fique a escolha.

O direito do autor da ação cominatória pode ser direito real. O que importa é que haja a pretensão afazer ou a não-fazer. Na petição inicial, o autor pede a citação do demandado para prestar o fato ou abster-se do ato sob pena pecuniária.

Se pré-contraente vendedor, ou vendedor, que ainda não transferira a propriedade e a posse do bem vendido, deixa de praticar algum ato, positivo ou negativo, necessário ao adimplemento do pré-contrato de compra-e-venda, ou do contrato de compra-e-venda, qualquer dano que sofra pelo decurso do tempo é a seu risco. Assim, se, por exemplo, aumenta o valor do imposto imobiliário, o prejuízo que com isso sofre o pré-contraente vendedor, ou o vendedor, não é indenizável pelo pré-contraente comprador, ou pelo comprador. A culpa não foi desse. Se dele fosse a culpa, responsável sena.

Se o ato, positivo ou negativo, é apenas um dos elementos para o futuro adimplemento, pode o pré-contraente comprador, ou o comprador, propor a ação cominatória do art. 287.

Mais: o preceito cominatório pode ir contra quem tem de prestar “fato”. No Código de 1939, art. 302, XII, não se falou de ato, mas sim de fato: “exigir de outrem que se abstenha de ato ou preste fato dentro de certo prazo”.

Fato não é só a feitura, o facere. Há “fatos” que são fatos stricto sensu e a obrigação de prestar pode ser fundamento para a cominação, como ocorre se alguém se vinculou a prestar a retirada de coisas móveis que guarnecem o prédio locado, ou os bens adjuntos, misturados ou confundidos. Há “fatos” que são atos-fatos jurídicos, como a tradição de posse, a habitação, a auto-imposição de nome ou de pseudônimo. Há “fatos” que são atos jurídicos stricto sensu, como a constituição de domicílio e a quitação. Há “fatos” que são negócios jurídicos, como a denúncia, a outorga de poder, a derrelição, o constituto possessório, o pré-contrato de compra-e-venda ou de cessão, a cessio actiones. Todas as

obrigações que são de prestar esses fatos são fundamentos para a ação cominatória. Cf. Tratado de Direito Privado. Tomo II, 1159, infine.

No Código de 1973, o art. 287 apenas se referiu a “prestar fato que não possa ser realizado por terceiro”. Se pode ser realizado por terceiro, o que se presta em virtude da cominação vai ser aplicado em fato de outrem, ou o autor da ação se satisfaz com o valor.

O preceito é sempre o mesmo, de nonfaciendo, ou defaciendo. O que varia, segundo as espécies contidas, é a pena cominada. No art. 287 sempre será a pena pecuniária, coercitiva indireta, que é simples e pode ser aplicada em todos os casos, uma vez que o sistema jurídico considera reduzíveis a dinheiro todos os interesses. Pode o autor, nas pretensões de abstenções ou abstenção de outrem, pedir que se abstenha ou sofra ser-lhe destruído ou desfeito o que fez, à custa do réu.

Algumas das aplicações do art. 287, que poderíamos chamar clássicas, são as seguintes: a) se alguém prometeu fazer certa obra, ou praticar certo ato, dentro de determinado prazo (Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 70, pr.), ou se a execução for incompleta e defeituosa.

Manuel de Almeida e Sousa (Ações Sumórias, 1, 349) pôs entre os casos de preceito cominatório o de estar alguém tentando comprar a coisa litigiosa e cominar-se-lhe que, se a compra e é vencido o réu, contra ele se fará, diretamente, a execução. Seria mais próprio usar-se do art. 867 do que da preceitação, pois o cominatório seria supérfluo.

Sobre o preceito em matéria de posse, art. 932.

Quem tem obrigação de exibir pode ser citado em ação do art. 287; a. obrigação é de fazer, de exibir. Errou a ja Turma do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, a 12 de novembro de 1951 (R. do T dei., VI, 348), ao repelir a ação de preceito cominatório para exibição de documento. No direito PETIÇÃO INICIAL

luso-brasileiro e no brasileiro sempre se concebeu a ação de exibição (direito material) como ação de preceito cominatório (direito processual). Manuel Álvares Pêgas (Resolutiones Forenses, III, 111 s.) frisava que se havia de alegar e provar o interesse na exibição e a existência da coisa em poder do demandado

(cf. Desembargo do Paço, 12 de agosto de 1681 e 2 de agosto de 1680). Há a pretensão a que se exiba e há a ação ad exhibendum que lhe corresponde. Exibir é pôr coisa em tal posição, diante de alguém, que o interessado possa conhecer a identidade ou a qualidade dela. Quem exibe não entrega. O conteúdo da prestação é menos do que entregar, e mostrar. Quem entrega deixa de ter. Quem exibe continua tendo, apenas tem fora (ex, habeo). Algumas vezes, exhibere aparece nas fontes como se significasse mais do que isso (e. g., L. 2, § 1, D., de periculo et commodo rei venditae, 118, 6; L. 57, D., de legatis et fldeicommissis, 30), inclusive entregar (L. 47, D., de actionibus empti venditi, 19, 1); mas a falta de sentido técnico ressalta. A pretensão a que se ajuda com a pretensão à exibição pode ser real ou pessoal; e aquela pretensão, a que mais freqúentemente a pretensão à exibição auxilia, é a pretensão reivindicativa. E di-lo Ulpiano (L. 1, D. ad. Exhibendum, 10, 4): “Haec actío... maxime propter vindicationes inducta est”. Não se exclui em se tratando de imóvel (L. 8, D., 10, 4; sem razão, G. Demelius, Die Exhibitionspflicht, 62 s.; com razão: Manuel Gonçalves da Silva, Commentaria, II, 202; Correia Teles, Doutrina das Ações, § 233, ed. de 1918, 244 s.). “Exhibere” não é “edere”, editar, anunciar, que supõe comunicação de conteúdo intelectual, em vez de materiae corporispraesentia (L. 4-13, D., de edendo, 2, 13; Joseph Btihler, Die Actio ad exhibendum, 7).

Há fundamento de interesse, e não só de eqUidade, em que, dadas certas circunstâncias, se haja de exibir, ainda que se trate de imóvel (sobre a aequitas exhibitionis, Albrecht, Die Stellung der rõmischen Aequiías, 60 s.). O

que é preciso é que haja o dever de exibir que se irradia com a incidência de alguma das regras jurídicas dos arts. 358 e 360, então fora do procedimento em que parte exige a exibição, ou de qualquer outra regra jurídica, em que se encontre iusta causa para a exibição (cf. F. C. von Savigny, System, 1, 236; C. Einert, Tractatus de Actione ad exhibendum, 50 s.). São exemplos de interesse suficiente: o do senhorio para que o enfiteuta lhe mostre os sítios e demarcações das terras; o do vizinho para que se lhe mostre a direção que tomam as raízes da árvore invadentes de seu terreno; o do comuneiro pro diviso da parede para ver até onde foi cavada a parede em que se pôs cofre ou prego.

Ulpiano (L. 3, § 3, D., ad exhibendum, 10, 4) disse que a ação de exibição é “personalis”; e através de séculos se repetiu. Hugo Donelo

(Commentarii, XII, 63 s.) foi o primeiro a sustentar ser real a ação, entendendo

que o adjetivo “personalis”, no texto de Ulpiano, não significava não-real, mas sim não-transmissível a herdeiros (e.g., L. 7, C., de revocandis donationibus, 8, 55). No direito brasileiro, a ação é pessoal in rem scripta, nas espécies concementes a coisas como nas espécies concementes a documentos (Correia Teles, Doutrina das Ações, § 233, 244). Se o terceiro intimado, dentro de um processo, não exibe o documento, pode o interessado cobrar-lhe, por ação direta, a indenização dos danos sofridos, sem prejuízo da responsabilidade penal por desobediência. Aí está uma das ações do art. 287. Quanto aos outros figurantes, ou o outro figurante da relação jurídica processual, já é assunto do art. 359. (A respeito convém advertir-se em que o principio Nemo contra se edere tenetur não significa que possa alguém se furtar à obediência de mandados exibitórios; apenas expnme que so se nao é obrigado à edição de documento se não há, in casu, dever de editar, obligatio edendi, cf. K. A. von Vangerow, Lehrbuch, III, 674; Joseph Btihler, Die Actio ad exhibendum, 27, nota 1). O art. 359 não afasta que seja proposta a ação do art. 287

ou como ação de segurança em medida, sem que à cautelaridade se junte preparatoriedade; ou incidenter, no correr do processo, se a exibição se fez necessária e posteriormente ao início da lide, ou devido à articulação do réu; ou como ação bastante em si (= independente), que é a do art. 287. Para a actio ad exhibendum praeparatoria, como para a actio ad exhibendum quae ad excludendum vel separandum valet, ou para todos os casos de preventividade, o processo é o mesmo. A ação exibitória independente, como se foi exercida a pretensão exibítóna para se escolher, é ação de rito ordinário, ou ação executiva (arts. 632 e 642). Tudo isso conceme ao processo, de modo que foi de nenhum valor a classificação de Carl Einert (Tractatus de Actione ad exhibendum, 101, 170, 185 s. e 211 s.), ao encambulhar espécies processuais e espécies de actiones ou pretensões, no sentido do direito material. A referência do art. 845 aos arts. 355-363, 381 e 382 não preexclui a ação de cominação. A ação ad exhibendum não é ação ligada ao domínio, posto que o ter domínio possa bastar à prova do interesse na exibição. Por outro lado, a exibição pode ir contra o proprietário da coisa. O que importa é que haja interesse na exibição e que esteja de posse da coisa o demandado. Pode cumular-se com a ação de reivindicação, com a ação declaratória do direito de propriedade, com a ação negatória, ou com a ação de retificação do registro.

Na ação ad exhibendum, ainda que cautelar, é réu o possuidor imediato; e

discute-se se também oé o possuidor mediato. A questão simplifica-se ao apurarmos se há casos em que a posse mediata é atingida pela pretensão à exibição. Ora, a resposta é afirmativa: o que pede a exibição para fins petitórios vai contra o possuidor imediato e contra o possuidor mediato. A ação ad exhibendum não tem conteúdo sempre o mesmo; e é inseparável do interesse a que ela serve. Se proposta contra o possuidor mediato, tem o possuidor imediato de ser citado.

O direito ao segredo epistolar compete ao remetente e ao destinatário. Se só um permite a exposição ou publicação, ainda não se pode expor ou publicar a carta. Para que um deles, só, possa expor ou publicar, é preciso que, quanto ao outro, algo tenha ocorrido, que pré-excluiu a contrariedade a direito da exposição ou publicação; e.g., se se tem de fazer prova contra ele. O segredo opera para todos; o direito ao segredo é absoluto: terceiros não podem expor ou publicar a carta, sem que remetente e destinatário permitam. O

fundamento para que se exija, além do consentimento do remetente, o consentimento do destinatário, está em que pode aquele ter referido, na carta, fatos, sentimentos e pensamentos do destinatário, a respeito dos quais tenha ele direito a velar a intimidade, ou que, segundo o costume e o teor da civilização, devam ser reservados.

Já em 1906, Josef Kohler (Urheberrecht an Schriiwerken, 444) o frisara. Se ocorre, de fato, não haver qualquer interesse do destinatário na vedação da exposição ou publicação, nem por isso se Lhe dispensa o consentimento.

Pode dar-se que o remetente precise de expor (incluída a exibição em juízo), ou de publicar a carta que escreveu, e o destinatário não lhe dê o consentimento: os caminhos que tem o remetente são: a) a ação de exibição, pois à ação ad exhibendum basta algum ius (cfr. L. 19, D., ad exhibendum, 10, 4: “Podem intentar ação ad exhibendum todos aqueles a quem interessa. Mas alguém consultou: ~poderia ele mover essa ação para que se lhe exibissem as contas do seu adverso, que muito lhe interessava fossem exibidas? Respondeu-se que se não devia interpretar com falsidade o direito civil, nem (só) se captarem as palavras (neque verba captar), mas ser conveniente ter-se em conta com que intenção algo se dissera (qua mente quid diceretur). Porque, com tal razão (ilIa ratione), também o estudioso de alguma doutrina poderia dizer ser de seu interesse que se lhe exibissem tais e tais livros, pois, se lhe fossem exibidos,

após os haver lido, mais douto e melhor seria"); b) a ação de cominação na sentença; c) a ação de preceito cominatório (Manuel Mendes de Castro, Practica Lusitano, 1, 163). O juiz examina, desde logo (e.g., pela cópia), se há interesse que supere o do sigilo, ou o consentimento do destinatário. Se há correspondência de três ou mais pessoas, entrelaçadas, de modo que acarta, de uma a outra, aluda, ou cite, ou transcreva a de terceira pessoa, o consentimento dessa é de exigir-se, porque a dispensa importaria

se lhe negar o direito ao sigilo. Além da epístola continuativa (Josef Kohler, Das Recht an Briefen Archiv flir Biirgerliches Recht, VII, 103 s.), há a epístola com pluralidade de destinatários, ou pluridestinada, a epístola pluriconfidencial, isto é, a um só destinatário, porém pessoalmente extensiva (= para mostrar a terceiro) e a epístola em correspondência entrelaçada, de que se falou.

O direito ao sigilo cessa se falta, no suporte fáctico do ato-fato jurídico de sigilar (ato-fato jurídico, tanto que o louco, o surdo-mudo que não pode exprimir a vontade e o menor de dezesseis anos podem estabelecer o segredo da correspondência), a negação de emissão ou publicação. Chegamos, assim, a poder explicar, de maneira científica, o direito ao sigilo; é direito de personalidade nato, quando se exerce a liberdade de fazer e de não-fazer, ou a de emitir ou não emitir o pensamento, a intimização, ou o segredo, que resulta do ato-fato do exercício de tais liberdades, é objeto de direito àintimidade ou de segredo. O direito ao segredo é o efeito do ato-fato jurídico, em cujo suporte fáctico está o ato-fato do exercício da liberdade de não emitir o pensamento ou os sentimentos. O direito a velar a intimidade é o efeito do ato-fato jurídico, em cujo suporte fáctico está o ato-fato do exercício da liberdade de fazer e de não-fazer.

O direito ao sigilo também cessa quando outro direito mais alto está àfrente dele. Quase sempre isso ocorre se a coisa sigilada é meio de prova do direito mais alto. O remetente pode usar da cópia da carta enviada, ou da cópia do telegrama, radiograma, ou fonograma, ou pedir a exibição, sempre que seja para a tutela de direito mais alto.

Seria ao mesmo tempo insuficiente e demasiado dizer-se "pode usar para provar fato ilícito" (e.g., Adriano de Cupis, 1 Diritti della personalità, 129): o segredo pode ser mais importante do que o interesse que o ilícito, absoluto ou relativo, fere. Não se compreenderia que se exibisse a carta que se refere à fórmula do

segredo químico, ou físico, porque o remetente, não-autor dela, ou não-titular do direito a ela, afirma que nela está a resposta à sua oferta, com restrições. Se separável a parte, pode permitir-se a exibição, velada a outra. Nem se pode pensar diferentemente no direito penal.

O direito do destinatário ao segredo da correspondência pode achar-se diante do direito de autor que toque ao remetente, se o conteúdo se presta a tal figura jurídica. Aquele é que se atende, salvo se não há confidencialidade

in

concreto e se o remetente retira, na publicação, a destinação *5*(argumento:

PETIÇÃO

o

6 remetente poderia tê-INICIAL la endereçado também a outrem). O direito do destinatário ao segredo não é ofendido (pré-

exclusão da contrariedade a direito), se a exposição, ou publicação, é indispensável a direito mais alto:

v

(ART. 287)

à vida, à integridade física e psíquica, à verdade, à honra, em juízo contra o remetente (direito à verdade).

Quanto ao destinatário, pode ele, em princípio, utilizar a correspondência para a tutela de direito alto. Tem-se entendido que pode, sempre, ser utilizada como prova contra o remetente (Jules Valéry, Des Lettres missives, 243). Mas essa solução é discutível em direito penal, no Código de Processo Penal se diz se cartas podem ser exibidas em juízo pelo respectivo destinatário para defesa de seu direito, ainda que não haja consentimento do signatário não no é em direito civil: se o segredo é de maior importância e inseparável do resto da carta, ou não há dever de exibição, ou a parte mesma acarreta com a cominação do art. 359 do Código de Processo Civil. De regra, cartas não podem ser publicadas sem

permissão dos seus autores ou de quem os represente, mas podem ser juntas como documentos em autos judiciais.

As fontes das pretensões negativas são as mesmas das positivas. Em todo caso, a lei exerce maior função quanto àquelas, devido à existência de direitos absolutos, que não derivam de negócio jurídico, como a maior parte dos direitos reais. Quando, por exemplo, o art. 287 fala de abster-se ou de prestar fato, tanto se refere a obrigações ex contractu, quanto a obrigações reais ou correspondentes a direitos absolutos não reais.

No direito brasileiro, não há regra jurídica que exija às prestações prometidas o serem avaliáveis em dinheiro.

Certamente, se a prestação não-fungivel não é feita, à ação de perdas e danos seria objetado não ser suscetível de avaliação a prestação e, pois, de satisfação de perdas e danos em caso de adimplemento. Mas o fato de não se poder converter em indenização a prestação não é óbice à exigibilidade. Quem foi vítima de omissão por parte do promitente de prestação inavaliável nem por isso está em situação de não ser satisfeito. A executabilidade não é pressuposto da declaratividade, nem da condenatoriedade. Quem foi ofendido com o não-cumprimento da promessa de ato inavaliável pecuniariamente pode, com a sentença declaratória, pedir cominação, afortiori com a sentença condenatória: ou, sem aquela ou essa sentença, propor a ação condenatória com cominação, conforme o art. 287 para a qual basta o interesse jurídico.

A redução da pena cominada pode ser feita pelo juiz, de ofício, ao despachar a petição inicial; ou depois, de oficio ou a requerimento do réu ou do próprio autor, inclusive na sentença que julga o mérito.22

22Na redaçflo do art. 10 da Lei n0 8.953, de 13.12.94, o parágrafo Único do art. 644 permite ao juiz da execução modificar o valor da multa, verificado que se tomou insuficiente ou excessivo.

4. Ação de abstenção e ação cominatória A ação dos arts. 642 e 643 não é ação cominatória, conforme o art. 287; nem a preexclui: o interessado pode exercer uma ou outra.

Nem é cautelar. Por isso mesmo, se ocorrem os pressupostos da ação cautelar,

pode ser proposta.

A construção que somente vê pretensão à abstenção quando se infringe o dever de omissão é de repelir-se. A pretensão existe desde que se pode exigir o non facere. Para se satisfazer tal pretensão ou se há de cessar atividade, ou se há de continuar de não-fazer. Se não cessa, infringem-se o dever é a obrigação; se se continua de não-fazer, mas, depois ainda que imediatamente depois se faz, não é a pretensão que com isso se inicia, mas a ação, que nasce.

5. Pretensão à nivelação e ação cominatória Se há a pretensão ànivela ção das partes na prestação (Ausgleichungsanspruch), qualquer dos co-devedores solidários pode, antes de desembolsar, pedir: a) que seja declarada a quota de cada um, ou a sua (ação declaratória); b) que se preceite o outro co-devedor, ou se preceitem os outros co-devedores, para que depositem ou juntem à quota do demandante aquela a que é obrigado o demandado ou aquelas a que são obrigados os demandados; c) a executividade do art. 632, com a cominação de pena pecuniária.

A relação jurídica entre os devedores solidários já determina que eles colaborem no adimplemento. A pretensão do reembolso sobrevém ao pagamento e supõe o dever de nivela çáo ou de ajustamento, a que corresponde o direito de nivelação ou de ajustamento. A pretensão à nivela çáo ou ao ajustamento precede à pretensão ao reembolso. Aquela é o Ausgleichungsanspruch, a que tanto deram atenção os juristas alemães, e essa o Rãckgriffsanspruch.

A ação do art. 632 ou do art. 642 nada tem com a ação cominatória do art. 287 (antes, já a 4~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 29 de junho de 1945, R. F., 107, 78), do mesmo Código, que não é ação executiva; nem com a ação de resolução ou de resilição (eficácia ex nunc) do pré-contrato, na qual podem ser pedidos e haver-se perdas e danos, se os há.

No Art. 644 e 645, o Código trata da ação cominatória em se cogitando de obrigação de fazer ou de não-fazer, como o fez no art. 287. Há a cominação, e conforme temos mostrado a ação cominatória é urna das espécies de ação condenatória (Tratado das Ações, Tomo V, 157-235). O Código de 1973 absteve-se de dedicar-lhe um Titulo, à diferença do Código de 1939, arts. 302-310.

No art. 275. 11, j), que pertence ao Capítulo III (Do procedimento sumaríssimo), diz-se que se há de observar tal rito processual nas causas, qualquer que seja o valor, do proprietário ou do inquilino de um prédio, para impedir, sob cominação de multa, que o dono ou inquilino do prédio vizinho faça dele uso nocivo à segurança, sossego ou saúde dos que nele habitam. Quando à legitimação ativa, a referência é a “proprietário”; quanto àlegitimação passiva, a “dono”. Havemos de entender que aquela toca ao proprietário senso estrito, o enfiteuta, o titular de direito real servidão, o usufrutuá.rio, o usuário, o titular de direito sobre rendas de imóveis, o credor anticrédito, ou o possuidor, ou o inquilino. Quanto à legitimação passíva, o proprietário, o inquilino, e quem quer que esteja na posse em virtude de direito real do prédio vizinho.23

Art. 288. O pedido será alternativo’), quando, pela natureza da obrigação, o devedor puder cumprir a prestação de mais de um modo.

Parágrafo único. Quando, pela lei ou pelo contrato, a escolha couber ao devedor, o juiz lhe assegurará o direito de cumprir a prestação de um ou de outro modo, ainda que o autor não tenha formulado pedido alternativo2).

1.Alternatividade A alternatividade da prestação, que o Código define no art. 288, compreende os casos de opção do réu, ou do autor, se for dependente de apresentação dos objetos pedidos em alternativa, ou do juiz, se a lei assim estabelece. J. H. Boehmer, na sua Dissertatio de libellis alternativis, falava de pedidos alternativos por força do uso (aliás prestações). A pluralidade de pedidos não se interpreta como série de pedidos alternativos, e sim cumulados. Se o autor faz um só pedido e o réu tem a escolher entre dois ou mais objetos, ou o réu, ao contestar, alega esse ponto, ou se há de entender que se desinteressa da escolha, caso perca a demanda. Se alegou, ou se entende que a causa está sacrificada pelo autor (art. 294)2’~ ou se há de concluir que o ponto era de direito e não de fato. fura novit curia. Se o pedido é alternativo e a escolha cabe ao autor, ou faz os pedidos alternativos, ou faz um só, e entende-se que escolheu.

23

24

Evidentemente, o texto se refere ao Art. 275, II,j, na redação anterior à Lei n~ 9.245, de 26.12.95. Refere-se o comentarista ao art. 294, na redação anterior à do

Art. 1~ da Lei n” 8.718, de 14.tO.93, que era a seguinte:

“Quando o autor houver omitido, na petição inicial, pedido que lhe era lícito fazer, só por ação distinta poderá formulá-lo”. Sobre o novo conteúdo do dispositivo, vejam-se, lá. os comentários do atualizador.

A competência para uma das alternativas, no caso de ações objetivamente cumuladas, firma a competência, pela conexão, para a outra alternativa.

Na espécie que é assunto do art. 288, não há a acumulatividade de pedidos (art. 292), nem a complexidade da prestação (x mais y mais z), que não permite qualquer alternatividade. Se a obrigação é alternativa, o que se alterna é objeto da prestação (x ou y ou z). No direito material, a escolha (pois não se poderia deixar de exigir a escolhibilidacle) cabe ao devedor, se algo em contrário não se estipulou (Código Civil de 1916, art. 884). A escolha ou resulta de lei ou de cláusula negocial (não digamos apenas “contrato” porque a escolha pode constar de declaração unilateral de vontade como se, em promessa de recompensa, se deu a escolha ao beneficiário ou ao promitente). Se o credor é que tem tal direito e propõe a ação contra o devedor, mantendo a alternatividade da obrigação, pois que não escolheu ao fazer a petição inicial, o que se há de ter como assente é a renúncia a tal direito. Todavia, se no negócio jurídico se estabeleceu que o credor escolheria e tinha a obrigação de fazê-lo, o devedor pode recusar-se à escolha, considerando irrenunciável o direito de escolher.

Se o autor, a quem não cabe o direito de escolha, não pode escolher sem respeitar o direito do devedor. Todavia, aí, a despeito de o juiz ter de assegurar ao devedor o direito de cumprir a prestação de um ou de outro modo (art.

288, parágrafo único). Na contestação pode o réu alegar a improcedência da ação. Se o faz, tem o juiz de atendê-lo. Se desde logo diz que vai prestar conforme a lei ou a cláusula negocial, isto é, escolhendo, a sentença tem de respeitar a lei ou a cláusula negocial. Se, em vez disso, na contestação nada expôs quanto a escolha, o silêncio dele tem de ser tratado como o seria o do autor, se tivesse o direito de escolha. Se o devedor, em tais circunstâncias, cai em revelia, não houve alegação de fatos, de modo que não pode levar ao revel a eficácia de que cogita o art. 319. Na sentença tem o juiz de respeitar a regra jurídica ou a cláusula negocial de que resultou o direito do devedor à escolha. Pergunta-se: se o autor alegou que a cláusula tinha sido retirada em virtude de

negócio jurídico posterior, ~,como o juiz tem de decidir? Aí não se trata de simples fato alegado pelo autor, mas de negócio jurídico que precisaria ser provado pelo autor. Se o autor, na petição inicial, disse que o documento está em poder do devedor, e consta isso da citação (qualquer efeito de revelia depende da cominação, arts. 223,

*

232, V, 225, II e III), houve alegação de fato, e a revelia tem a eficácia que lhe atribui o art. 319.

2. Escolha e a quem cabe Se o autor pode pedir alternativamente, Porque a escolha lhe cabe ou pede em alternação, ou desde logo escolhe. Se a opção toca ao réu, ou o autor respeita a alternatividade da obrigação, 60

ou somente faz um dos pedidos, sem que lhe assistisse selecionar. Nem por isso se há de considerar inepto o pedido, pois ao réu é dado alegar que a faculdade de escolher é sua. A infração é a regra de direito material, e não a regra de direito formal.

Se houve pluralidade de pedidos, mas alternatividade, a favor do autor ou a favor do réu, e só existe quanto a alguns deles, têm-se de separar em duas classes os pedidos: a dos pedidos alternativos, suscetível de subclasses; e a dos pedidos cumulados, na qual entra, como unidade, o grupo de pedidos alternativos, ou entram, como unidade, ou subclasse, os grupos de pedidos alternativos.

Assim, quando o vendedor deixa de entregar a coisa vendida no tempo aprazado, o comprador tem opção, ou de rescindir o contrato, ou de demandar o seu cumprimento com os danos da mora; salvo os casos fortuitos ou de força maior. Tal regra jurídica, como a que dá opção ao credor, não éius cogens, podem os contraentes estabelecer que, havendo razao para a resolução por inadimplemento, tenha a escolha o devedor (2~ Turma do Supremo Tribunal Federal, 4de maio de 1951, R. F., 139,104; “É exato que a pluralidade de pedidos não se interpreta como pedidos alternativos, vede Pontes de Miranda, , II, 16. Mas, no caso, está nítida, pelas palavras mesmas da inicial, a disjuntividade do pedido, o que a lei, como se viu, permite. E nem aí seria possível, tratando-se de alternativa a favor do réu demandado, ou do juiz, ou do autor, se depender da apresentação das coisas in obligatione”).

A alternatividade pode resultar de cláusula negocial, ou de alguma regra jurídica. Há um pedido cujo conteúdo da prestação pode ser a ou

ou a ou b ou c, e assim por diante. Só se trata da soluçao, e tem-se de saber quem escolhe, se o autor ou se o réu; mas é possível que se haja deixado a terceiro, inclusive ao juiz, a escolha. O que se escolhe é o objeto da prestação, porque a obrigação era de prestar a, ou b, ou a ou b ou c, e talvez dentre outros mais objetos. Muito diferente é o que se passa com a obrigação de prestar a e b, ou a, b e c, e assim por diante.

Se não se estabeleceu quem escolheria, o direito material (Código Civil, art. 884), dá a solução: é ao devedor que cabe escolher. Se é ao devedor que toca a escolha, não pode o autor fundar o pedido sem a alternatividade do objeto. Se não alude à escolha pelo devedor, ou à altematividade, rege o art. 288, parágrafo único. Se o credor, a que ficava a escolha, formulou pedido de objetos alternativos, tem-se de entender que renunciou ao seu direito. Mas isso não exclui que possa haver interesse do devedor em que o credor escolha; por exemplo: o credor, que tinha de saber qual o objeto que o devedor, réu, devia a terceiro e havia de prestar, através do credor.

Se a escolha compete ao juiz, ou a terceiro, o fato de se não ter pedido com alternativa, mas isoladamente, não importa em se decretar invalidade do processo, ou improcedência da ação. Na defesa, alega-se a alternatividade, ou, se se trata de aplicação de regra legal (lura novit curia!), decide

o juiz, fazendo respeitar-se a alternação, inclusive, se preciso, convertendo o julgamento em diligência. A aplicação da lei pode ser na sentença.

A 2~ Câmara Cível do Tribural de Justiça da Bahia, a 22 de dezembro de 1948, considerou permitidos os pedidos alternativos da ação de nunciação da obra nova e da ação demolitória, no caso de já estar concluída, após o pedido, a obra (R. dos 1, da Bahia, 40-448).

Por vezes, a jurisprudência confunde a inadmissibilidade de duas pretensões com a cumulação objetiva e afirma que não podem ser feitos, de uma vez, os dois pedidos (e.g., Supremo Tribunal Federal, 2 de maio de 1950,R.

F., 140, 130;4demaiode 1951, 1139, 105). A altematividadedos pedidos é

possível sempre que a favor do demandante: o juiz atende a uma das duas ações, ou a uma das ações propostas, com cumulação objetiva alternativa. O comprador pode propor a, ou b, ou a ou b, ficando ao demandado a escolha, ou ao juiz o exame da atitude do demandado. O demandado pode ter o direito de escolher; ai, sim, o demandante que propõe a, ou propõe b, não pode orar ao demandado a alternativa, que resulta de lei a favor do demandado (e.g., Código Civil de 1916, art. 884). A propósito das ações por adimplemento e de resolução, ou de resilição, como das ações de redibição, e de minoração do preço, a escolha toca ao demandante, que pode abrir mão disso. Certos, o Tribunal de Justiça de São Paulo, 13 de novembro de 1933 (R. E., 66, 537); o 20 Grupo de Câmaras Civis, a 4 de novembro de 1947 (R. dos T., 170, 586); e as Câmaras Civis, a 18 de dezembro de 1951 (209, 198).

Criticamos a definição de pedido alternativo que havia no Código de 1939, art. 153, ~ 10 (Comentários, III, 2~

ed., 384), o que o Código de 1973 corrigiu.

É alternativo quando há alternatividade da obrigação ou da prestaçãn do réu. Se o autor não formulou em alternativa o pedido e a escolha cabe ae réu, ainda não tendo havido correção por ordem saneadora do juiz, a condenação pode ser alternativa.

CAM~’ (NIVkRSITÃRJO li

Art. 289. É lícito formular mais de um pedido em ordem sucessiva’), a fim de que o juiz conheça do posterior, em não podendo acolher o anterior2).

1. Pedidos sucessivos Quando há pluralidade de pedidos na mesma petição, ou a) há a causa peten di, diferente, para cada um, razão por que a sentença pode ser favorável a um, ou a alguns, e desfavoráveis a um, ou a alguns, ou b) ocorre a alternatividade (pluralidade de pedidos e sentença favorável a b, e não a a, ou a a e não a b, ou desfavorável a a e a b, ou c) a sentença pode ser favorável a a, de modo que não se há de julgar b, ou desfavorável a a, caso em que tem de ser julgado o pedido b.

2. Alcance da regra jurídica A regra jurídica do art. 289 prevê as espécies em que não haja pluralidade de pessoas com pluralidade de julgamentos, nem a

alternatividade em que a sentença que é favorável ao pedido a, ou ao pedido b, não pode deixar de ater-se à unicidade. O que acontece é a ordem de julgamentos, de modo que, dito “não” ao pedido a, se pode julgar b, ou dito “não” ao pedido a e ao pedido b, cabe julgar-se c; 25

e assim por diante. Veja art. 292.

Cumpre que se não confunda alternatividade de adimplemento de obrigação (art. 288), que é interior ao pedido (o devedor pode prestar a ou b, conforme queira), com a alternatividade dos pedidos, que é exterior (o juiz julga favoravelmente o pedido a ou o pedido b, ou desfavoravelmente os pedidos a e b).

Art. 290. Quando a obrigação consistir em prestações periódicas1), considerar-se-ão elas incluídas no pedido, independentemente de declaração expressa do autor; se o devedor, no curso do processo, deixar de pagá-las ou de consigná-las 4), a sentença as incluirá na condenação enquanto durar a obrigação2) 3)•

25Embora o artigo se refira à formulação de mais de um pedido em ordem sucessiva, a cumulação nele prevista se denomina eventual: tal como afirmado no texto, deduzem-se dois ou mais pedidos, de modo a que, não atendendo ao anterior, possa ojwz acolher o posterior. A cumulaçao suces.uvo ocorre quando se formulam dois ou mais pedidos, sujeita, entretanto, a acolhida do posterior à do anterior, como, v.g., quando se pede a declaração de paternidade do morto e o quinhão do autor na herança daquele (sobre as duas espécies de cumulação, minha Introdução ao Proctoso Civil, 2’ ed., Forense, Rio, 1996, p. 41 e, superiormente, José Carlos Barbosa Moreira, O Novo Processo Civil Brasileiro, 17’ ed., Forense, Rio, 1995. pp. 14 e 16). Sobre cuniulação eveno4ol, adiante. nos comentários ao art. 292, letra e do n0 6).

1. Prestações periódicas Entendem-se pedidos frutos, ou foros, ou rendas, ou outras prestações periódicas, embora só se tenha pedido o principal. Os juros legais se compreendem no pedido. Tendo sido pedidos frutos, incluem-se neles os vencidos e os vincendos. O mesmo, quanto a outras prestações periódicas, como foros e rendas.

O art. 289 apenas se refere à sucessividade, de modo que não se pode ligar o art. 289 ao art. 259, II, que se relaciona com a cumulação de pedidos, e não à sucessão de pedidos, nem ao art. 259, III, que é sobre pedidos alternativos, nem

ao art. 259,1V, concementes a pedido principal e a pedido subsidiário ou pedidos subsidiários.

Nas espécies do art. 259, IV, há pedido principal e pedidos subsidiários; nas espécies do art. 289, há o "não" ao pedido anterior e talvez o "não" ao pedido posterior, ou aos pedidos posteriores, ou o "sim" ao pedido posterior ou aos pedidos posteriores. E errôneo, nos comentários ao art. 259, IV, remeter-se ao art. 289, ou nos comentários ao art. 289 cogitar-se do art. 259, IV. Subsidiaridade e mera sucessividade são inconfundíveis, como a sucessividade e a subsidiaridade são inconfundíveis com a altematividade.

Se a petição inicial apenas aludiu à obrigação, o art. 290 afastou qualquer má consequência: estava implícita a referência às prestações periódicas, vencidas ou vincendas. Não se hão de confundir as prestações periódicas com as prestações diferentes, oriundas do mesmo negócio jurídico, ou de dois ou maís.

A periodicidade da prestação é pressuposto necessário para incidência do art. 290. Mas, se as prestações vincendas são apenas posteriores, como se dependem de atos do autor (l~ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 12 de janeiro de 1942, R. dos T., 135, 593), o art. 290 não pode ser invocado. O julgado que aqui se cita pretendia que também devessem ser pedidas na inicial as prestações periódicas vincendas: se não no foram, acrescentava, não podem ser objeto da condenação. Isso reduziria a nada o art. 153, § 20, do Código de 1939, que foi concebido para se entenderem pedidos as prestações vincendas quando o não tivessem sido. A fortiori, hoje, com o art. 290.

No sentido do que acima escrevemos, o despacho do Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da ía Região (D. da J., de 6 de outubro de 1951, 9599): "Como ensina Pontes de Miranda, o art. 153, § 2~, (do Código de 1939) foi concebido para se entenderem pedidos as prestações vincendas, quando o não tenham sido, Comentários, II, 17 s. A condenação, em tal hipótese, que é a dos autos, diz-se de trato sucessivo nas prestações devidas. Aliás, a Consolidação (das Leis do Trabalho), nos arts. 890-892, trata, PETIÇÃO INICIAL

especialmente, da execução por prestações sucessivas, estatuindo, no art. 892, que nas prestações sucessivas, por tempo indeterminado, a execução compreenderá, inicialmente, as prestações devidas até a data do ingresso na execução" (sem razão, antes, a 13 de dezembro de 1947, D. da J. de 22 de

dezembro de 1947, 8445).

Também as Câmaras Civis do Tribunal de Aíçada de São Paulo, a 8 de julho de 1960: “... conforme, aliás, a opinião de Pontes de Miranda”; 3~ Câmara, 10 de junho de 1949 (R. dos T., 290, 398).

Hoje, não se precisa exigir a conexão, porque o art. 292, 2a parte, permite a cumulação sem que haja conexão dos pedidos, uma vez que os requisitos do art. 292, § 1~, tenham sido satisfeitos. Por isso, os julgados de antes de 1974 não podem influir hoje em dia.

Se o pedido consiste em prestação a que corresponde, periodicamente, acréscimo previsto em lei ou em contrato (e. g., correção monetária), tem-se de entender que isso está incluído no pedido, a despeito de não ter havido referência. A obrigação há de consistir em prestações periódicas. Quando se pede o cumprimento da obrigação, necessariamente se pede tudo o que nela se contém.

2. Condenação e execução da sentença A condenação com trato sucessivo abrange o que se venceu e o que se vença até se iniciar a execução. Não há necessidade de nova ação condenatória; a sentença transita em julgado a respeito do que estava vencido ao tempo da produção, do que se venceu após a sentença e antes da passagem em julgado e do que se vença depois. A ação de execução do julgado condenatório, que se proponha, alcança tudo que até a data do pedido executivo se venceu, sem que com isso se exaura a ação iudicati: a cada vencimento de prestação, nova ação iudicati surge, que, em verdade, é apenas parte da carga contínua de executividade da sentença condenatória. Não precisa o autor vencedor no litígio intentar ação para haver a condenação no que se vai vencendo (Conselho de Justiça do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 28 de novembro de 1945,D. da J.,de7de agosto de 1946, 1462); mas, seapropõe, pode o réu alegar, ou não, a coisa julgada. O de que o autor precisa é exercer a ação executiva da sentença, que vai nascendo à medida que as prestações se vencem, até que se vença a última prestação vincenda. A condenação foi quanto ao vencido e ao vincendo. A executabilidade é que depende de que se vençam as prestações vincendas. No tempo, a ação executiva exsurge a cada vencimento porque a carga executiva da sentença condenatóna é 3, faltando os 2 para a ação iudicati em relação a cada prestação vincenda.

Se a dívida consta de tiulos executivos extrajudiciais, como se com eles se

prestou o que se devia pela compra (por exemplo, de terreno ou de

(ART. 290)

estabelecimento comercial), é erro dizer-se que a falta de adimplemento dos títulos dá ensejo à resolução do contrato. Tal resolução somente pode ser pedida se no contrato se ligou o negócio jurídico ao pagamento dos tiulos abstratos. Quase sempre a entrega de todos os títulos significa que a obrigação deixou de ser de prestação periódica e a emissão tem eficácia de contraprestação. Para que o vínculo negocial, bilateral ou plunlateral, persistisse, seria preciso que o próprio negócio jurídico o estabelecesse. Se tal acontece, a ação do credor do todo é condenatória, e não executiva. A execução antecipada somente conceme aos títulos executivos extrajudiciais, que aliás podem ter sido endossados e não estarem com o credor concreto.

O Código fala de pagamento ou de consignação (art. 290: “deixar de pagá-las ou de consigná-las”), a proporção que se fossem vencendo as prestações. Rigorosamente, não há, ai, consignação. No longínquo passado, quando o devedor depositava para que o credor recebesse ou litigasse, punha-se a prestação em saco selado. Consignare é fechar com sinete, signum. E possível que, nas espécies do art. 290, haja depósito ou consignação. Quase sempre, quem não paga, no curso de processo, consigna, porque ainda vai discutir. Se no negócio jurídico se disse que o devedor depositaria na conta bancária do credor as prestações vencidas, não há consignação, mas sim pagamento pelo meio apontado, que foi o depósito.

3. Execução e prestações periódicas Nas espécies do art. 290, a execução pode ser sucessivamente, porque a sentença condenou ao todo que se venceu e se vença, de modo que há execução por prestação sucessiva, pois com trato sucessivo foi a condenação. (Cf. 4a Câmara Civil do Tribunal de Alçada de São Paulo, 28 de novembro de 1962, R. dos T., 351, 518.)

A sentença, nas ações de que trata o art. 290, dedicou-se aos adimplementos necessários, de modo que as certidões da sentença servem às execuções sucessivas, como títulos judiciais. O que se aguarda é que se vençam as prestações, se ainda não se extinguiu o conteúdo da sentença. Com a sentença trânsita em julgado, houve condenação do réu a prestações futuras, razão para se perguntar: ~,a condenação nas prestações vincendas basta para que se repute em

mora o devedor ao vencer-se cada uma delas? Sim; trata-se de inadimplemento de obrigação com prazos determinados, cuja mora não depende de interpelação, notificação ou protesto; a sentença atendeu aos prazos e a mora ocorre de pleno direito (cf. Código Civil, Art. 96Ô, ía alínea). Na data do inadimplemento já se pode iniciar a ação executiva de título sentencial.

Surge o problema da dívida que se tomou objeto de títulos diferentes, como se dá com as notas promissórias que correspondem a prestações

sucessivas de compra-e-venda de algum prédio, ou mesmo de coisa móvel, como jóias ou automóvel. Trata-se de tiulos abstratos, suscetíveis de endosso ou de endossos. O negócio jurídico subjacente não pode dar ensejo a que se execute um título executivo extrajudicial com extensão a outros tiulos executivos extrajudiciais, vencidos ou vincendos. Se no negócio jurídico subjacente se pôs alguma cláusula relativa ao inadimplemento dos tiulos executivos extrajudiciais, como a de que, vencido um, os outros poderiam ser executados, seria sem qualquer eficácia para os tiulos, posto que pudesse dar ensejo a ação condenatória fundada no negócio jurídico subjacente. O que dissemos não afasta a possibilidade de exercer o credor ou os credores (e. g., endossatários dos tiulos executivos extrajudiciais), pretensão à medida cautelar, arresto (arts. 8 13-820).

4. Consignação em pagamento No curso do processo condenatório, ou devedor entende mais conveniente propor ação de consignação ou ações de consignação, para que se afaste a discussão no processo condenatório, ou deposita em juízo o que corresponde à prestação vencida.26

Art. 291. Na obrigação indivisível’) com pluralidade de credores, aquele que não participou do processo receberá a sua parte, deduzidas as despesas3) na proporção de seu crédito2).

1. Obrigação indivisível “Demanda indivisível”, dizia o Código de 1939, o que censuramos. A demanda judicial é sempre indivisível. O que édivisível ou indivisível é o objeto do direito material subjetivo das partes, o dever, a obrigação, o pedido. Se o pedido é indivisível subjetivamente, ou objetivamente (porque então implica a indivisibilidade subjetiva), cada interessado pode obrar por todos, a despeito da parcialidade do seu direito. A regra jurídica conceme, precipuamente, à comunhão ativa.

Por exemplo: sentença que se profere em ação de prestação de contas contra o administrador da coisa comum pode ser executada por pedido de qualquer dos comuneiros, ainda que não tenha figurado como um dos autores.

O juiz deveria ter integrado a petição, devido ao litisconsórcio necessário; se não no fez, incide o art. 291 (cf. já antes, 5a Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 11 de junho de 1946, D. da J., de 10 de janeiro de 1948, 27).

26 \‘d. o art. 892.

A indivisibilidade das obrigações resulta de não poderem ser cumpndas parcialmente~ quer sejam dois ou mais os credores, ou dois ou mais os devedores. O art. 291 somente se refere à pluralidade de credores. O que não participou do processo, se houve a sentença favorável aos credores, étratado como quem tivesse sido parte. Dirse-á que aí há litisconsórcio e, sendo necessário, o juiz tem de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes, “caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo” (art.

47). Mais: o art. 47, parágrafo único, estatui que têm de ser citados todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que o juiz assinar, “sob pena de declarar extinto o processo”. No direito material, há regras jurídicas que afastam tal atitude do juiz. Pense-se no condômino que reivindica o imóvel, com eficácia sentencial para todos os condôminos. Pense-se na pluralidade de credores se a obrigação éindivisível, o que está no Código Civil, art.

892. Temos no art. 291 do Código de 1973 algo que afasta a exigência da citação. mas havemos de entender que, se não foi citado um credor ou alguns credores, o art. 291 o beneficia, sem que a ele ou a eles se possa estender a eficácia da sentença desfavorável.

A formação filosófica, defeituosa, dos juristas levou-os a teonas que perturbaram o estudo das obrigações indivisíveis. Somente se pode chegar a conclusões precisas e claras, partindo-se dos conceitos tantas vezes esclarecidos no Tratado de Direito Privado: inundo fáctico, onde há os objetos fácticos; inundo jurídico, onde os fatos jurídicos, fatos que entraram no mundo jurídico, irradiam relações jurídicas, em que há sujeitos ativos e sujeitos passivos, e objeto que entrou no mundo jurídico (objeto jurídico). A equivocidade de termos, desde os

glosadores, foi aflitiva. Nenhuma coisa entra no mundo jurídico como objeto de obrigação: o que é objeto da obrigação é apresta ção. Quem diz prestação obrigacional diz ato ou não-ato (abstenção) do devedor. Quando se fala de objeto da prestação em verdade se alude ao que se há de prestar.

Reduzir-se a indivisibilidade ou a divisibilidade das obrigações àindivisibilidade ou divisibilidade da prestação, foi a trilha que tomou quase toda a doutrina. Às vezes fala-se de objeto, e não da prestação. Mas, a cada passo surge a advertência de não corresponderem, em todos os casos, indivisibilidade do objeto e indivisibilidade da obrigação. Se o objeto tal qual (objeto fáctico) é indivisível, nem por isso há de ser indivisível a prestação (e. g., A vende a máquina de fiação, prestável cada peça conforme prefira o devedor). Se o objeto tal qual (objeto fáctico) é divisível, a vontade do figurante ou dos figurantes pode estabelecer a indivisibilidade da prestação, PETIÇÃO INICIAL

COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO cívi~ (ART. 291)

oque se tem por assente, no sistema jurídico brasileiro, se nada se dispôs. Se a prestação é de dar toda a coisa certa, indivisível, a vontade dos figurantes ou do figurante encontra determinação fáctica, a que tem de obedecer, salvo se vai até à deterioração da “coisa”, salomonicamente Outra precisão conceptual que se impõe é concemente a objeto da prestação e efeito dofacere, do dare ou do nonfacere. Não há obrigação de transferir propriedade, há obrigação de dar, ou de fazer, de cujo adimplemento, com o acordo de transmissão, resulta a transferência (a transferência é efeito da tradição ou do registro).

A afirmação de serem (sempre) indivisíveis as obrigações de fazer (J. Rubo, Versuch einer Erklàrung der Fragmente Lex, 2, 3, 4, 85, Dig. de verborum obligationibus, 45, 1, 37; J. Molitor, Cours de Droit romain, 1, 310 s.) é falsa. Grande parte das obrigações indivisíveis são-no porque foram feitas, pelos interessados, indivisíveis as prestações. Grande parte das obrigações divisíveis são-no porque foram feitas, pelos interessados, divisíveis as prestações. O tempo é contínuo e pode tomar indivisível a prestação duradoura, mas isso não impede que seja divisível a obrigação de trabalho por dia (cf. J. Gaudemet, Étude sur le régime juridique de 1

‘Indivision en droit romain, 204), ou que o próprio dia se possa dividir em horas, abatendo-se na contraprestação as faltas de horas, como divisão excepcional, pôr

se não tratar de horarium officium, mas de redução talvez dependente de justificativa.

A construção de edifício, na empreitada, ou no contrato de trabalho global, ja exíge por si a indivisibilidade.

Quis-se o todo. Poder-se-ia ter querido o todo ou o edifício por partes (frações), ainda sem haver pluralidade de empreiteiro ou prestadores de serviços.

A obrigação duradoura pode ter o objeto da prestação determinado no tempo, ou determinado quanto ao fim como ocorre na locatio operis, e então há de ser respeitada a determinação Não há adimplemento se não se satisfaz todo o tempo, ou se não se satisfazer o fim.

A obrigação duradoura pode ser divisível em função do tempo, e pode não ser. O objeto da prestação duradoura pode ser continuativo e divisível, ou indivisível; e o próprio objeto da prestação repetida pode ser divisível ou indivisível. As obrigações a prestações repetidas, não são divisíveis em função do tempo, porque foi o tempo mesmo que as fez repetidas e não mais intervem para as dividír.

Quanto à divisibilidade ou indivisibilidade das obrigações de não-fazer, A. Von Scheurl (Teilbarkeit als Eigenschai von Rechten, 75 s.) e G. Riimelin (Die Teilung der Rechte, 207 e 269) entendiam que as obrigações negativas são sempre indivisíveis, porque o sao as prestações (cf. F. Endemann, Einfiihrung in das Studium des BGB, 1, 516). B. Windscheid (Lehrbuch, JJ 9~ ed., 18, nota 9) e A. Ubbelohde (Die Lehre von den unteilbaren Obligationen, § 14, 285 s.) entendiam que o que se pode fazer por metade também se pode não fazer por metade, generalização que foi demasiado longe. O que se pode afirmar é que, de regra, a omíssao e indivisível, indivisível a prestação e indivisível a obrigação; mas pode ocorrer que se possa fracionar o não-fazer. Se há pluralidade de devedores, dificilmente se conceberia a divisibilidade. Se o dono do prédio a faleceu e tinha obrigação pessoal de amplius non agi, cada herdeiro, após a divisão de prédio, éobrigado. Na L. 4, § 1, D., de verborum obligationibus, 45, 1, previu-se a espécie: ‘... at si de eo cautum sit, quod divisionem recipiat, veluti

‘amplius non agi’, mm eum heredem, qui adversus ea fecit, pro portione sua solum poenam committere’.

A questão da indivisibilidade ou divisibilidade da obrigação negativa perde um tanto da sua importância, no direito brasileiro, em relação ao direito alemão, porque não se tem no Código Civil Brasileiro regra jurídica que corresponda ao § 431 do Código Civil alemão.

2. Litisconsórcio e despesas Trata-se de regra jurídica mista, sobre o que reparte entre os litisconsortes unitários e o que a cada um cabe das despesas.

São aplicações do art. 291: a) o que foi vencedor pode pleitear sozinho a execução, e não se permite ingerência dos outros (a fortiori, se não unitários e vencidos, 2~ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 2 de junho de 1942, R. dos T., 140, 531); b) a indivisibilidade, em relação ao adversário vencedor, persiste, pois dela não cogita o art. 291.

Se há litisconsórcio necessário, a eficácia da sentença depende da citação de todos os litisconsortes necessários (art. 47); portanto, se o litisconsórcio necessário é passivo (art. 47, verbis “dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo”). O art. 291 apenas se refere à pluralidade de credores (comunhão ativa). O

condômino pode reivindicar o imóvel a favor de todos.

Oart. 291 não apanha a pluralidade de devedores.

3.Despesas “Despesas” são custas e mais despesas, segundo o conceito dos arts. 19-35. A priori. na palavra

“despesas” não se compreendem as que não são custas, nem a priori, se compreendem: tudo depende de cada processo, uns regidos pelo art. 21, outros pelo Art. 18, outros pelo art. 20 etc.; portanto, quais sejam as despesas di-lo o exame a posteriori.

Assim é que se há de entender o acórdão da 1a Turma do Supremo Tribunal Federal, a 20 de abril de 1942, A. J., 63, 431 (sem razão, o voto vencido).

Art. 292. É permitida a cumulação’), num único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão.

~1 O~ São requisitos de admissibilidade da cumulação 6>.

1 que os pedidos sejam compatíveis entre si2);

II que seja competente para conhecer deles o mesmo juízo3),~

HI que seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento4).

~20. Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento7), admitir-se-á a cumulação, se o autor empregar o procedimento ordinárioS).

1.Cumulação de pedidos Cumulação de pedidos, por parte da mesma pessoa, ou de diversas pessoas, tal o assunto do art. 292. Trata-se de cumulação de pedidos contra o mesmo réu, ou os mesmos réus, ainda se vários os sujeitos de direito, do que também cuidaram os arts. 51, 50, 54, 94, § 40 e 109. Aqui, o Código, examinando o problema de técnica legislativa da forma, exige, ou que a forma seja “idêntica” (“que seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento”), ou que se adote para todos, havendo diferença quanto às formas correspondentes, segundo o Código ou outras leis, aos pedidos, a forma ordinária. É certo que se fez alusão à competência (verbis “competente para conhecer deles o mesmo juiz”). Porém essa alusão é supérflua quanto à conexão e à prevenção, àcomunhão, ao litisconsórcio necessário, às mais espécies dos arts. 50, 54, 56, 108 e 109, que criam a competência, e sem alcance preciso no caso de prorrogação que faz competente o juiz incompetente para um ou mais de um dos pedidos, salvo a exceção constante do art. 111.

O princípio que aparece no art. 20 é ode condenar-se o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocaticios. Não há cumulação, nem sequer se exige que se insira na petição inicial o pedido: a sentença é que tem de conter o que o art. 20 exige. Nem o réu na contestação ou na reconvenção tem de referir-se a tal condenação. Só ao tempo da sentença é que se sabe quem tem razão, quem convence, e quem tem, como vencido, de prestar o que o art. 20 estabelece. O que o juiz aí resolve é elemento continutístico da sentença.

Exemplos: a) se o réu foi avalista de diferentes títulos do mesmo emitente, e há ligação entre eles (cp. ~a Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Distrito Federal, 2 de abril de 1940, A. J., 55, 273); b) se o autor cumula a ação declaratória típica, e a possessória fundadas no mesmo fato (3~ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 4 de fevereiro de 1942, R. F., 91, 172); c) se o réu cumula o pedido de rescisão do julgado, iudicium rescindens, e o de rejulgamento da causa, iudicium rescissorium, como é de praxe, e economia do processo27 (sem razão, as Câmaras Reunidas do Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, 3 de setembro de 1941, R. F., 89, 526), salvo se o pedido de rescisão importa anulação do processo; d) não se pode cumular o pedido com processo executivo a outro pedido que não se compadeça com o mesmo rito (4~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 18 de novembro de 1941, R. F., 91, 435). Aliter, se não cabe nos arts. 585 e 587.

No Código de 1939, dizia-se (art. 155) ser permítída a cumulaçaO de pedidos quando fossem “entre si conexos e conseqúentes”, competissem ao mesmo juiz e fosse idêntica a forma dos respectivos processos. No Código de 1973, art. 292, só se exige que os pedidos sejam compatíveis entre si, que seja competente para deles conhecer o mesmo juiz e para os pedidos seja adequado o mesmo tipo de procedimento. Frisou-se: “ainda que entre eles não haja conexão

O art. 292 alude à cumulação. Não precisava referir-se, nem se referiu, a qualquer cláusula contratual, que seja concemente a prazo ou a condição, porque o prazo e condição são manifestações mexas de vontade. Há mais do que conexão: há inexção.25 Seria absurdo que não se pudesse exercer qualquer pretensão oriunda do contrato porque se pede aplicação ou decretação de invalidade ou de ineficácia de alguma cláusula, principalmente se tal cláusula é apenas condicional. Quer a impossibilidade originária de implemento de condição, quer a impossibilidade superveniente, são alegáveis como impossibilidade de determinações mexas. Não se trata de anexação, nem de conexão. O pedido, ou pedidos, no que se ligam à condição, não se cumulam com o pedido relativo à condição, porque a inexidade supõe, conceptualmente, que não haja cúmulo: não se cumula todo com parte, nem parte com todo.

27O autor da rescisória está obrigado a cumular ao pedido de rescisão o de novo julgamento da causa, conforme o art. 488, 1, que fez a ressalva “se for o caso”,

prevendo aquelas hipóteses em que o pedido de rescisáo é suficiente (v. g., pediu-se rescisão da sentença para podá-la da parte excrescente, que julgou ultro petita).

28Não encontro, nem na terminologia processual~ nem nos léxicos, o vocábulo inexçâo, onde, de qualquer modo, o ç parece demasiado. Linhas adiante, o autor escreverá inexidade.

(ART. 292)

Com a cumulação economiza-se processo. Dai ser permitida se satisfeitos os requisito s do art. 292, § 10. Mas o art. 294 estatui que, tendo o autor omitido, na petição inicial, o que podia incluir (cumular), só em ação distinta pode formular esse pedido.29 Assim, o que está em apreciação é o conteúdo da petição inicial (direito, pretensão ou ação), de modo que não se trata de cumulação de processos. Os pedidos têm de ser compatíveis entre si, ojuizo competente há de ser o mesmo e adequado para os dois ou mais pedidos o tipo de procedimento.

A conexão supõe existir algum elemento objetivo, comum às causas.

Ou é título, a causa petendi (conexão causal), ou o próprio objeto (petitum), como se dá em caso de obrigação principal e de fiança, ou de intervenção principal, ou de união da posse e da propriedade, ou de obrigações solidárias.

A conexão pode resultar da acessoriedade, se a há por título e objeto. Mas a conexidade deixou de ser elemento exigido.

A cumulação, que é assunto do art. 292, é processual, sem se exigir, sequer, que haja conexão, ou que haja pluralidade de direitos, pretensões e ações, ao se conceber o pedido. Está-se no plano do direito processual. Os pedidos têm de ser compatíveis entre si, que o mesmo juiz deles possa conhecer e se adote o mesmo procedimento e, sendo diferentes, o ordinário. Não se desce ao plano do direito material, exceto para se verificar se não há incompatibilidade entre os pedidos, isto é, se pedir a e pedir b se chocaria.

O art. 292 abstrai da necessidade de conexão; só exige a compatibilidade dos pedidos cumulados. A coínpatibilidade há de ser objetiva, como se um pedido é de condenação pela dívida do contrato a e de condenação pela dívida do contrato

b. Ou subjetiva, isto é, contra o mesmo réu, ou os mesmos réus, se sujeitos passivos são as mesmas pessoas. O art. 292 só alude ao mesmo réu (“contra o mesmo réu”), mas advirtamos que podem ser sujeitos passivos dois ou mais, com a compatibilidade dos pedidos, a mesma competência de juízo e o mesmo procedimento. A “conexão”que se dispensa no art. 292 é entre os pedidos. Se a ação é com cumulação de pedidos sem que deles seja autor a mesma pessoa, ou sejam autores as mesmas pessoas, não se há de pensar em cumulação de pedidos. A subjetividade é elemento essencial. E. g., se um pedido é feito em nome próprio e o outro como representante legal de outrem. Se os sujeitos ativos e passivos são as mesmas pessoas e dois ou mais os pedidos, posto que diferentes, há cumulação. Os julgamentos podem ser desfavoráveis ao réu, ou aos réus, ou favoráveis, sem que se tenha de julgar igualmente qualquer deles ou alguns deles. Pode A propor ação condenatória contra B por duas ou mais dividas, oriundas do mesmo negócio jurídico, ou de dois ou mais.

Pode dar-se que a cumulação seja sucessiva, por ser dependente do pedido posterior o julgamento do primeiro ou do segundo ou de outro. Aí há prejudicialidade, sem se pensar em que algum seja acessório. Também pode acontecer que a cumulação seja alternativa, o que supoe que so se julgue b se a não foi acolhido.

Nada impede a cumulação sucessiva do pedido de depósito preparatório e o de vistoria ad perpetuam rei memoriam (2~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 30 de setembro de 1964, R. J., 71, 133).

À ação de reivindicação (ou à de vindicação da posse, ou a açao possessória), pode ser cumulada a de demarcação (2~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 1” de abril de 1965, D. O. de 22 de setembro; 6~ Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 8 de abril de 1965, R. dos T., 370, 108).

020 Grupo de Câmaras Civis, a 25 de agosto de 1961 (R. dos T., 321, 347), e a 4i Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 8 de junho de 1960, 309, 479), repeliram a cumulação do pedido de ação cominatória para reparação de danos a prédio vizinho e o de fechamento de janela e abertura a menos de tantos metros das divisas. Advirta-se, porém, que o dano possa ter resultado e resulte somente das janelas ilegalmente abertas.

À ação para alteração ou revogação de cláusula de acordo de alimentos não pode

ser cumulada a de separação judicial ou de divórcio, porque outra e a causa.

A ação de despejo e a de cobrança executiva de aluguéis são incumuláveis (1~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Amazonas, 21 de julho

de 1964, R. F., 213, 269).

À ação de investigação da patemidade é cumulável a de alimentos (4~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 22 de agosto de 1963, R. F., 352, 129).

Quando a ação é de resolução, ou de resilição, ou de rescisão de contrato, com o pedido de indenização por perdas e danos, tem o juiz de reputar global o pedido, e de modo nenhum (1~ Turma do Supremo Tribunal Federal, 24 de julho de 1961, D. da J. de 2 de setembro de 1946) se podem remeter as partes a outra demanda quanto ao segundo pedido.

A ia Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, a 9 de junho de 1964 (R. dos T., 367,278), depois de citar o que acima dissemos (“conexão... está no sentido mais largo possível”), admitiu a cumulação da ação de (ART. 292)

separação judicial ou de divórcio com a de anulação. Mas, em verdade, aí não há conexão, salvo em casos excepcionalíssimos, como ode ter o cônjuge a alegação de que houve tentativa de morte (causa de separação judicial ou de divórcio 30) para o casamento in extremis. (Cf. 5a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 25 de setembro de 1961 (R. dos T., 324, 243), que admitiu, em principio, acumulação; e ia Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, 9 de junho de 1964, 367, 278.) Quando a lei diz que a sentença tem de condenar o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios (art. 20), de modo nenhum há cumulação de pedidos. Trata-se de dever do juiz, uma vez que uma das partes, que estava na relação jurídica processual, e o juiz prometera a tutela jurídica, deu ensejo a despesas da outra e a ter de prestar honorários advocaticios.

Cumulação há quando há dois ou mais pedidos. Se a ação é de uma natureza, por

ter 5 de peso preponderante, e o juiz, antes da conclusão, tem de examinar outros pesos, de modo nenhum se acumulam pedidos.

Quem poderia propor ação declarativa e, depois, ação condenatória, ao propor a ação condenatória, faz o juiz, antes, declarar; mas não há em tal espécie, qualquer pedido cumulado. O pedido foi um só, e à ação, se houve a ação declaratória e a de condenação, de certo modo se cortou por fora o pedido. Não há cumulação, tampouco, se a ação é de condenação a pagar a dívida e os juros ou multas. Está-se, aí, a pedir o pagamento da dívida que apanha os juros.

Se há pedidos diferentes que atingem a mesma pessoa (mesmidade subjetiva passiva), o titular do direito contra tal pessoa pode cumulá-los. Não é preciso que haja conexão entre eles. Apenas o autor da ação tem de observar o que exige o art. 292, § 10, sendo de frisar-se que, se não há tipo de procedimento adequado para todos eles, cabe o procedimento ordinário (art. 292, § 20).

No art. 289 diz-se que é lícito formular mais de um pedido em ordem sucessiva, a fim de que o juiz conheça do posterior se não pode acolher o anterior. Não há aí, propriamente, cumulação, pois que se supõe não se ter acolhido um deles. Alternatividade (a ou b) de jeito nenhum se assimila àcumulatividade (a e b). Acertada é a solução do art. 259, 1, II, III, e IV, ao distinguir, no tocante ao valor da causa: a ação em que há soma principal, a clii pena e a dos juros; a verdadeira cumulação de pedidos (em que se somam todos os valores); a ação de pedidos alternativos.

As ações cumuladas podem ter fundamentos idênticos, ou fundamentos distintos. A mesma causa de pedir pode servir a pedidos diferentes, como aliás, para o mesmo pedido pode ser que haja pluralidade de causa petendi.

Ali, ocorre haver dois ou mais pedidos; aqui, um so.

A ação de indenização pode ser conexa com a de reivindicação, ou de vindicação da posse, ou de evicção. A ação declatória de existência, ou de inexistência, pode ser ação prejudicial, ou incidental (e.g., declaração da nacionalidade ou do domicílio, ou da relação jurídica matrimonial, para que seja aplicada a lei a ou a lei b). A propósito de ação de invalidade e de ação de separação judicial ou de divórcio, pode a náo-decretaçaO daquela ser pressuposto para se passar ao exame dessa; se afastada a invalidade, a ação de separação judicial ou de

divorcio 31 tem de ser julgada.

A ação de alimentos pode depender da procedência da ação de separação judicial ou de divórcio. Se entre parentes, o demandado pode negar a relação jurídica de parentesco, ou, na ação de petição de herança, o estado de filho.

A ação de petição de herança é cumulável à de investigação da paternidade (2.a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 22 de setembro de 1964, R. dos T., 375, 182).

Tem-se procurado sustentar que, a priori, não cabe cumulação da ação de destituição ou de suspensão do pátrio poder à ação de separação judicial ou de divórcio (antes desquite). A forma é a mesma; pode dar-se que a competência seja do mesmo juiz, para as duas, e não há incompatibilidade dos pedidos.

O Tribunal de Apelação do Rio Grande do Norte, a 30 de outubro de 1942 (R. dos T. de A., Iii, 304), julgou que não se podem cumular os pedidos de decretação de nulidade da compra-e-venda entre descendente e ascendente, ao de reivindicação, por se não haver transferido o domínio, uma vez que transcrição não houvera. O acórdão é de injustiça gritante e revela bem parcos conhecimentos jurídicos. A nulidade só se refere à compra-e-venda~

contrato consensual, e à ação de nulidade tinha de ser cumulada a de reivindicação, uma vez que faltara causa à transmissão, estando o bem na posse do descendente beneficiado. Se a transcrição não se fez, mas a posse estava com o descendente, a ação de reivindicação cabe, ainda que, com a morte do vendedor, tivessem herdado os descendentes, inclusive o benefi

31\‘d.anotaí2.

ciado pela compra-e-venda. O acórdão confunde o contrato de compra-e-venda, o acordo de transmissão e o registro.

As Câmaras Cíveis do Tribunal de Apelação de Santa Catarina, a 10 de outubro de 1945 (J., 1945, 332), não admitiram que se cumulassem a ação de

reivindicação, a de nulidade e a demarcatória. Quase sempre é útil ao autor pedir a reivindicação como consequência da decretação de nulidade. Se o rito foi o ordinário, afastado, assim, o rito especial da ação demarcatória, nada obsta à cumulação, se há compatibilidade entre os pedidos.

Não pode, portanto, admitir-se, em sua imprudente generalidade, o que lançou o acórdão de Santa Catarina. À

ação de resilição (3~a Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 4 de junho de 1946, R.F., 107, 504) e à de denúncia da locação pode ser cumulada a de despejo. À ação de nulidade ou de anulação de testamento pode ser cumulada a de petição de herança.

Quem obtém anulação de contrato não pode pedir resolução, ou resilição, por inadimplemento, ou rescisão por vícios redibitórios, ou redução do preço. Se o fez antes, ressalvando a ação de anulação, a sentença, em tal ação, tem eficácia de restituição, como se não tivesse ocorrido resolução, resilição, rescisão ou redução do preço, levados em conta os evitamentos de danos. Se o que pede a anulação também pede a resolução, resilição, rescisão, ou diminuição do preço, o pedido é alternativo (art. 288), e tem-se de julgar primeiro o pedido de anulação (Otto Warneyer, Kommentar, 1, 259).

2. Compatibilidade dos pedidos A lei exige que os pedidos sejam compatíveis entre si (art. 292, § 1.0, 1). Se dois ou mais pedidos podem ser satisfeitos separadamente, sem que a sentença, a respeito de um deles, não seja em contradição com o outro ou os outros pedidos, são eles compatíveis. Se podiam ser feitos dois ou mais, porém a sentença pode ser favorável a qualquer um deles, a incompatibilidade não ocorre. O autor podia pedir a, b ou c, posto que só a um deles pudesse ser favorável a sentença. Se os pedidos são alternativos e podia ser acolhida a altematividade, não há incompatibilidade.

Se há pedido com alternatividade (a ou b), pode existir a incompatibilidade. Mas aí não se trata de cumulação, razão por que devemos afastar conceito de cumulação alternativa. Por exemplo: a petição pode conter o pedido de anulação do negócio jurídico e o de resolução: ou a ou b; julgado desfavoravelmente a passa-se a julgar b.

3. Competência do juízo O juízo tem de ser competente para processar e julgar

todos os pedidos que se fazem (art. 292, § 1.0, II). Ai, têm

de ser invocadas as regras jurídicas sobre corflpetencia, sem que se afaste que as causas da competência sejam diferentes.

Compreende-Se que o requisito da competência do juízo seja necessário. Há, porém, regras jurídicas de grande relevo: pode não ter sido observada a exigência de ser competente o juiz para todos os pedidos, mas não ter o réu oposto exceção, no caso e prazo legal e assim se ter prorrogado a competência (art. 114); a despeito da discrepância das competências, em razão do valor e do território, terem as partes elegido o foro para serem propostas as ações oriundas de direitos e obrigações (art. 111); com a conexão das ações (art. 103), pode modificar-se a competência (art. 102).

Pode acontecer que o juiz seja competente pelo valor de um ou de alguns pedidos cumulados e, quanto a algum ou a alguns, terntoríalmente competente (cf. arts. 102, 103, 111 e 114). Se se trata de incompetência absoluta, há a declarabilidade de oficio e a alegabilidade em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção (art. 113). Se relativa a incompetência, e o réu não opóe exceção declinatória do foro e de juízo, no caso e prazo legais, a cumulação passa a ser legítima (art. 114).

4. Tipo de procedimento Segundo o art. 292, § 1.0, III, é de mister que o tipo de procedimento possa ser para todos os pedidos.

Há o procedimento sumário, há o procedimento ordinário; e há os procedimentos especiais, bem como o processo de execução e o cautelar, que são específicos. Se há cumulação de pedidos, todos como mesmo rito, nenhum óbice surge; todavia, a lei pode ir adiante, permitindo a cumulação a despeito da diferença de ritos, como acontece em caso de pedido possessóno cumulado com o de condenação em perdas e danos e com o desfazimento de construção ou plantação feita em detrimento da posse do autor (art. 921).

Se o autor ou os autores não cumularem pedidos do mesmo rito e a diferença ritual impõe a ordinariedade, mas houve a omissão em se propor a ação com rito ordinário,32 tem o juiz de indeferir a petição inicial, porque cabia ao autor ou aos autores dizer qual o procedimento. A simples cumulação de pedidos, com ritos diferentes, não faz entender-se que o autor ou os autores quiseram o rito

ordinário. O art. 292, § 2i~, é explícito: “se o autor empregar o procedimento ordinário”.

32A Lei n0 9.245, de 26. 12.95, mudou para sum4 rio o nome do procedimento do art. 275 e ss. Sumar(ssimo é o procedimento dos processos, referidos no art. 98,1, da Con.st. 88, da competência dos juizados especiais, regidos pela Lei n’ 9.099, de 26.9.95, como observou o item 4 da exposição de motivos do Ministro da Justiça, anexa à mensagem presidencial 00 238, de 7.5.93. que encaminhou ao Congresso o projeto convertido na Lei n0

9.245/95.

5. Cumulação em rito ordinário Se ocorre pluralidade de tipos de procedimento, porque os pedidos implicam tal diversidade, o único meio para se admitir a cumulação é o de adotar-se o procedimento ordinário (art.

292, § 2.0).

O rito ordinário é de se exigir se algum dos pedidos tem rito diferente do tipo que a lei dá ao outro, sem qualquer possibilidade de se proceder àadaptação de formas, pois que nisso o Código não anui. Essa regra jurídica vale também nos casos de pluralidade de sujeitos, se o pedido de um ou os pedidos de alguns têm rito diverso do rito do pedido dos outros. Mas o litisdenunciado ou o nomeado à autoria submete-se ao rito da causa em que é litisdenunciado ou nomeado.

Ao admitir-se acumulação de pedidos, mesmo se os procedimentos deles são diferentes, tem o legislador de deixar ao autor a escolha entre a pluralidade de ações e a unicidade, uma vez que, se os ritos seriam distintos, seja um só, que é o ordinário. Aí, em vez de valer-se do princípio da velocidade dos procedimentos (sumaríssimo e especial), adotou o princípio de economia.

A regra jurídica do art. 292, § 2.0, entra no âmbito, assaz geral, do princípio da preferibilidade do rito ordinário.

As ações de rito especial podem ser tratadas com o rito ordinário. Foram explícitos João Rodrigues Cordeiro (Dubitationes iuris in Foro frequentes, d. 44, n0 71 e d. 50, n0 40), e Manuel Gonçalves da Silva (Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae, 1, 227), que disse: “Et hic nota, quod si in

causa summaria procedatur ordinarie per libellum, validus est processus, et iudicium; quia causa summaria de consensu partium posted fieri ordinaria". Apenas afastemos que seja necessário o "consensus partium": o demandante preferiu o rito ordinário; o demandado é beneficiado por isso.

No sentido do princípio dapreferibilidade do rito ordinário, a Relação de Porto Alegre, 22 de setembro de 1874(0 D., V, 523). a Relação da Corte, 14 de outubro de 1879 (XX, 674).

A ía Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 24 de fevereiro de 1947 (R. E., 114, 423 s.), decidiu que as ações de amortização da cambial e a ação executiva de cobrança podem ser cumuladas. Invocou a regra jurídica da cumulabilidade. Não há o pressuposto da mesma forma: o começar-se com a execução já denuncia que se trata de procedimento diverso. O acórdão foi insustentável e a sua afirmativa extremamente perigosa.

O pedido de despejo é cumulável ao de cobrança de aluguel, se a ação é de curso ordinário. Aliter, se o processo é executivo (cf. 2~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça, 2 de agosto de 1962).

6. Espécies de cumulação objetiva de pedidos (a) Quando se exercem no mesmo processo duas ou mais pretensões contra o mesmo

demandado, dá-se a cumulação objetiva de pretensões ou a de ações. Há de ser o mesmo demandante contra o mesmo demandado. São requisitos necessários a competência do tribunal para todas as pretensões que se cumularam e a admissibilidade do mesmo processo. Não há qualquer regra jurídica que force o demandante à cumulação objetiva de ações quando há pedido de sentença sobre diferentes postulações (afirmações de efeitos jurídicos diferentes), ainda que os efeitos se hajam irradiado ou se irradiem do mesmo fato jurídico; e. g., se o demandante pede a restituição da coisa que foi subtraida e a indenização dos danos e prejuízos. São exemplos de ações irradiadas de diferentes fatos jurídicos: a) a ação para haver a herança, que se achava com a pessoa que seria o herdeiro testamentário, se não tivesse sido decretada a invalidade do testamento, e a ação para haver o aluguel da coisa que constava da herança; b) a ação para se haver a coisa que foi subtraida ilicitamente e a ação de denúncia do contrato de locação de serviços.

(b) Rigorosamente, a pluralidade de ações é pluralidade de pretensões processuais, de “ações”. Somente, porque coincidem, de regra, aí, as ações de direito material e as “ações”, é que se deixa de frisar o exato sentído. A diferença ressalta quando se vai responder se há pluralidade objetiva de ações havendo, apenas, pluralidade de fundamentos para o mesmo pedido, isto é, para a mesma pretensão processual, como se o autor pede a resolução do contrato por mau uso da coisa locada e por inadimplemento de aluguéis, ou se pede a entrega da coisa por ser o proprietário e por ter terminado o contrato de locação ao antigo proprietário, ou a restituição da coisa por enriquecimento injustificado ou por ato ilícito. Não é de mister que haja pluralidade de ações (no sentido do direito material) para que exista a pluralidade de “ações”; dando-se, então, a cumulação objetiva (e.g., pedido de indenização, ação única, com pluralidade de “açoes~~, despesas de tratamento, de roupas danificadas, necessidades sobrevindas), a despeito da unicidade da ação de direito material (cp. Leo Rosenberg, Festgabe flir Richard Schmidt, 256; Lehrbuch, 5.~ ed., 387). Nem a pluralidade de ações (no sentido do direito material) basta para que exista a pluralidade de “ações”; por exemplo, há pluralidade de ações quando se pede a restituição da coisa, ou, eventualmente, o valor dela (uma só ação, no sentido do direito material). Se consta do registro de títulos e documentos que B adquiriu a duplicata mercantil, que era de A, e A a endossou a C, que estava de má-fé, a ação de B contra C, invocando a presunção oriunda do registro e o princípio sobre a inadquiribilidade do tiulo cambiariforme pelo possuidor de má-fé, é uma só ação, exercida a pretensão à tutela jurídica sem haver,

evidentemente, pluralidade de “açães”, nem de ações: somente se pede sentença sobre efeito do mesmo fato, se bem que encarado por dois aspectos distintos (cf. Adolf Schonke, Lehrbuch, 7~ ed., 195). O direito material presta atenção ao suporte fáctico abstrato; o direito processual, ao petitum. Por isso, pode dar-se a concorrência de pretensões de direito material, ou a concorrência de leis, sem que ocorra cumulação objetiva de “ações”. Por exemplo, respectivamente, a) pretensão por ato ilícito e por violação de lei protectiva; b) ação por esbulho e reivindicação (concorrência de pretensões).

A cumulação objetiva opera-se: (a) pela simultânea propositura de duas ou mais ações, num só procedimento (=

duas ou mais relações jurídicas processuais, e um só procedimento) e tem-se a união de “ações~~ ou a fusao de

“ações” numa só “açáo”(como prefere Leo Rosenberg, Lehrbuch, 5a ed., 422); ou (b) por propositura posterior: a) em alteração do pedido (art. 264); ou b) pelo suscitamento da ação declarativa incidental, por parte do réu, na reconvenção; ou c) por parte do autor, por ocasião de falar com base no art. 327; ou d) na contestação da reconvenção (art. 316), contra-reconvindo (e) pela determinação judicial da reunião dos processos (art. 105). A reunião das diferentes ações, que tiveram procedimentos separados, tem o mesmo efeito que a cumulação objetiva, inicial ou posterior, de que se falou em a) e b), mas a reunião é externa e é desfazível por ato judicial.

(c) A cumulação eventual de ações é permitida. Então, o autor exerce a ação b para o caso de não ter bom êxito a ação a, que exerceu em primeiro lugar. Não importa se o demandante, com a cumulação, pretende outra prestação jurisdicional que tenha, para ele, iguais proveitos, ou se, com o segundo pedido, concebido para a eventualidade, se satisfaz com algo menos. Por exemplo: a ação de enriquecimento injustificado para o caso de ser desconstituído, por invalidade, o negócio jurídico; a ação de pacto de retrovenda (ação de arretrarnento), para o caso de fracassar a ação de retificação do registro de propriedade imobiliária.

Há cumulação eventual sempre que o autor pede deferimento, quanto à segunda ação, no caso de não se cumprir ou de não se poder cumprir o que se pediu na primeira ação (e. g., que preste a coisa, ou a indenização). Tais pedidos não infringem a vedação de se pedir, fora das ações executivas de títulos extrajudiciais, condenação e execução: a sentença é que leva a dupla condenação, em termos de eventualidade.

Algumas vezes, em vez de formular pedidos em cumulação eventual, o autor lhes dá redação em alternativa, como se pede pagamento do preço ou volta da coisa vendida. Tal cumulação de pedidos alternativos seria perturbante; mas há de o juiz interpretar os pedidos no sentido de ter sido estabelecida cumulação eventual de ações, o que o juiz pode esclarecer ao sanear o processo, ou por

ocasião de fixar o juiz o objeto da demanda e dos pontos em controvérsia (art. 451).

Com a citação há litispendência para ambas as ações em cumulação eventual.

Na cumulação eventual não se pode proferir sentença parcial, pois o autor teve por fito certo resultado, que só se supre com o exame e deferimento da ação cumulada para a eventualidade da falta do julgamento precípuO.

(d)A ação declarativa incidental (~ 50) é a demanda, ou a reconvenção, pela qual se pede, em litígio pendente, que se declare a exístencla ou a inexistência de relação jurídica, em sentença, de cuja eficácia depende, no todo ou em parte, a decisão do pendente litígio. Assim, se B pediu que C lhe entregue a coisa, que adquiriu de A, ou do próprio C, pode C pedir, em reconvenção, que se declare não ser proprietário B; e B, se C lhe nega a propriedade~ ou reconvém, pode pedir a declaração incidental de ser proprietário. Se A cobra quantia a B, dizendo-se herdeiro do que no título figura como credor, pode o réu pedir, em reconvenção, que se declare que A não é herdeiro.

7. Concorrência interior do pedido Temos de pensar em que pode oautor ou podem os autores, em vez de cumular pedidos, só fazer um, com pluralidade da causa de pedir. Pense-se na ação de separaçao judícíal dos cônjuges em que o autor alega que o outro cônjuge tinha relações sexuais com outrem e há mais de cinco anos não convivem (Lei n0 6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 50 ~ l0).33 Aí o que se pede é o mesmo (separação judicial dos cônjuges), posto que diferentes os fundamentos. O juiz pode acolher um dos fundamentos, ou alguns ou todos, porque o pedido foi um só. Se foi negada a separação, a apelação pode ser no tocante a qualquer dos fundamentos apontados e repelidos, ou a alguns ou a todos. CI.

Código de Processo Civil, art. 515, § 10: “Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro”; e § 20:

“Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais”. De acordo com o art. 464, II, pode haver embargos de declaração. Se adveio

33O Art. 10 da Lei n0 8.408, de 13.02.92, alterou o * l0do art. 50 da lei citada no texto: cabe o pedido de separaç8o pela mptura da vida comum por mais de um ano consecutivo.

1 ÇAMPU* 1 N Vi.RSIIARIO ii 1

coisa julgada da sentença ou do acórdão também omisso, é proponível a ação rescisória.

Art. 293. Os pedidos são interpretados’) restritivamente, compreendendo-se, entretanto, no principal os juros legais2).

1. Interpretação do pedido Trata-se de interpretação de atos jurídicos processuais. Especial, porque só se refere ao pedido, e não à causa petendi. Tampouco, à narração, que se fizera, dos fatos da causa, ou àindicação dos meios de prova. Restrito ao pedido, não admite que, em caso de dúvida, se compreenda nele o ponto de cuja inserção se duvida, salvo se a dúvida é quanto à qualidade do pedido e não quanto ao pedido mesmo. Assim, havendo-a quanto a serem alternativos, ou não, dois ou mais pedidos, que em si estão precisos e claros, a regra jurídica não preexclui que se prefira a interpretação que mais se afeiçoe à causa de pedir ou à narração dos fatos.

Quando se diz que os pedidos hão de ser interpretados de modo restrito, põe-se por princípio que não são alargáveis pelos métodos exegéticos, incluindo-se o que podia ser incluído e não o foi, ou o que apenas aparece em indícios de declaração que falhou em sua expressão. Limitado ao ato processual do pedido, parte central, porém só parte, da invocação do juízo, de modo nenhum seria autorizada a aplicação do art. 293 à interpretação de quaisquer normas legais sobre o pedido: não é regrajurídica de interpretação das leis. Por outro lado, os próprios arts. 286-294 não são de interpretação estrita. Exemplo: se não foi pedido o aluguel da coisa em comodato, a sentença não pode condenar o réu a pagá-lo (no sentido do que disséramos, a 2~ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 29 de julho de 1941, R. dos 7’., 133, 229).

O que se não pediu na ação de cuja sentença proveio a execução não pode ser pedido, nem, sequer, reclamado na ação executiva, ou afortiori, na diligência que corresponde, não a 3, mas sim 4 de executividade. Já dizíamos isso nos Comentários ao Código de 1939, Tornos II, 388 e XII, 129 s. A

condenatoriedade extinguiu-se: ou se está a executar a sentença de eficácia executiva, ou todo elemento novo que aparece dá causa a outra ação condenatória (e.g., o inquilino foi condenado a pagar os aluguéis e novo inadimplemento ocorreu ou ocorre, que dá ensejo a outra ação condenatória).

2. Juros legais Os juros legais estão sempre compreendidos, salvo disposição expressa do pedido. A regra jurídica do art. 293, na proposição final, é de direito dispositivo, e não interpretativo, nem, tampouco, imperativo. Basta que se faça o pedido do principal para que a entendam implícitos os juros legais. Não os juros, ainda da mora, fora dos "legais". Adota-se o

princípio da fluência automática dos juros legais. Muito parecida é a regra jurídica do art. 290, que supõe a abrangência eficacial do pedido para que se tenham por incluídas nele, além das prestações vencidas, as vincendas. O art. 293 dispensa toda alusão aos juros legais. São devidos por lei, e o processo tem-nos por pedidos, ou decorram da mora anterior à demanda, ou da mora resultante da citação válida, ou ordenada por juiz incompetente (art. 219, 2~ parte).

Pedido o principal, entendem-se incluídos os pedidos de juros legais, vencidos e vincendos (juros moratórios legais, 2a Turma do Supremo Tribunal Federal, 17 de outubro de 1947, O D., 50, 225). Não os juros que não foram taxados por lei; salvo se, no caso de não serem fixados por vontade do devedor, seriam devidos na taxa legal, porque, aí se abstrai do que se estipulou e se aplica à lei.

De modo nenhum é exigível que o pedido se refira a pagamento dos juros da mora (6~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 21 de julho de 1961, R. dos 7'., 320, 135). No direito cambiário (4~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 10 de agosto de 1961, R. dos 7'., 322, 266) e no direito cambiariforme, ou noutro qualquer em que seja preciso o protesto, é da data do protesto que se contam os juros da mora. Se não houve condenação, não se hão de computar juros da mora (1~ Turma do Tribunal Federal de Recursos, 10 de julho de 1962, R. J., 74, 73). Se houve condenação, são devidos, se deles não cogitou a sentença, a partir da citação (l~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 5 de outubro de 1961; Câmaras Reunidas, 27 de julho de 1962), ainda que se trate de ação de acidente de trabalho (Tribunal de Justiça de Santa Catarina, 15 de maio de 1961, R. J., 54, 389), ou de restituição da parte do preço que o comprador prestara (l~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 29 de janeiro de 1957, R. dos 7'., 268, 460).

Sempre que se devem juros “legais”, podem e devem ser incluídos na sentença, ainda se não foram explicitamente pedidos. Se houve fixação de taxa acima da legal, precisam ser pedidos para que não seja ultra petita a sentença que condene a prestá-los. Portanto, o juiz pode e deve condenar aos juros legais, se podiam ser pedidos os juros acima deles e não no foram.

Os juros da mora correm, se não houve fluência ipso iure ou anterior, provocada, desde a citação inicial. Se o juiz não condenou ao pagamento dos juros o réu, desatendendo ao art. 293, 2a parte, a sentença é suscetível de recurso, inclusive, satisfeitos os pressupostos, de embargos de declaração; mas, se a sentença omitiu a condenação nos juros legais não-pedidos e transitou em julgado, não se pode dizer, como fez a ja Câmara Cível do

Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, a 17 de julho de 1943 (R. dos 7’., 169, 353), que não mais são devidos. (Depois de citar esse trecho, disse o Presidente do Tribunal Regional do Trabalho do Estado da Guanabara, a 5 de agosto de 1960 e a 14 de maio de 1963, D. da J. de 11 de agosto de 1960 e de 24 de maio de 1963: “Se assim é, mais se reforça esse entendimento, atentando-se para a norma contida no processo trabalhista, expressa no art. 883 da Consolidação das Leis do Trabalho”.) Daí não se tire, tampouco, como fez a 8~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a 27 de outubro de 1947 (O D., 51, 320), que os juros da mora (legais) se compreendem virtualmente na sentença condenatória, ainda se na petição inicial ou na contestação não houve referência a eles (certa a 2a Turma do Supremo Tribunal Federal, a 11 de agosto de 1941, O D., 50, 225): a sentença rege-se por seus princípios que não são os do pedido.

A questão não tem sido tratada com rigor científico. Há três conceitos inconfundíveis, que aparecem na discussão, e a respeito de cada um há de ser levantada: a) o conceito de fluência dos juros; b) o conceito de pedido de juros, que, na espécie do art. 293, 2a parte, e nas espécies de indenização, integral, se entendem incluídos no pedido do principal; c) o conceito de condenação nos juros, que não se confunde, tampouco, com o conceito de condenabilidade, pois, se não houve condenação, houve desatendimento ao pedido.

Se a sentença não condenou aos juros legais, que haviam de estar compreendidos

no pedido (art. 293) e passou em julgado, ou houve recurso e também do acórdão não constam, com o trânsito em julgado, o remédio jurídico processual adequado é a ação rescisória, com a invocação do art.

485, V.

Art. 294~~ Antes da citação, o autor poderá aditar') o pedido, correndo à sua conta as custas acrescidas em razão dessa iniciativa2).

1. Aditamento do pedido35 Aditar é aumentar, adicionar, acrescentar ao existente. O pedido subsiste, juntando-se a ele outro pedido, que o

34Redação do art. 10 da Lei n0 8.718. de 14.10.93, que substituiu a primitiva norma do artigo, revogando-a completamente. Dispunha o te::to revogado: 'Quando o autor houver omitido, na petição inicial, pedido que lhe era lícito fazer, só por açáo distinta poderá formulá-lo". Os comentários que aparecem sob os ~0S 3) e 4) sáo de PONTES DE MIRANDA ao texto anterior e se mantiveram para se preservar incólume esta obra. Do atualizador sáo os comentários 1) e 2), em caracteres tipográficos diferentes pelo motivo apresentado na nota s~~bre a atualização legislativa.

35Comentário do atualizador.

autor deixou de formular ao propor a ação (art. 263). O aditamento acarreta cumulação de pedidos e, por isso, deve obedecer ao art. 292, a cujos comentários se remete. Nem seria possível que ao pedido formulado se juntasse outro, incompatível com o aditado, ou para cujo conhecimento fosse incompetente o juiz, ou de rito inconciliável com o do pedido anterior e não adaptável ao procedimento ordinário.

Procede-se ao aditamento por meio de petição, que haverá de atender o requisito do inciso III do art. 282, além de específicar o novo pedido e atribuir à causa outro valor, se incidir o inciso II do art. 259, ou qualquer outra norma que determine a alteração dele.

Cabe o aditamento "antes da citação ", nos expressos termos do art. 294, que afasta a possibilidade do acréscimo depois que ela se efetivar, caso em que só mediante outra ação se poderá fazer o pedido, tal como previu a anterior redação

do dispositivo comentado. Antes da citação, cabe o aditamento, que só não se admite se a propositura da ação já houver sido comunicada ao citando. Feita a comunicação, o aditamento já não cabe, ainda que a citação não haja avançado pela juntada do mandado, pelo retorno do aviso postal de recebimento ou pela publicação do primeiro edital. Havendo o citando tomado conhecimento da ação tal como proposta, mesmo que por comparecimento espontâneo, supletivo da cita çáo(art. 214, ~ JO) já não se poderá aditar o pedido (aliter quanto à mod~ficação ou alteração do pedido, reguladas no art. 264 e seu parágrafo). Se se declarou nula a citação e outra se ordenou, antes desta cabe o aditamento porque o artigo, obviamente, se refere à citação válida.

Pela falta de previsão legal, não cabe o aditamento consentido após a citação.

2.Custas acrescidas3~ Deve o autor, que adita, pagar as custas, aumentadas em decorrência do aditamento que pode, por exemplo, repercurtir no valor da causa e, conseqUentemente, na taxa judiciária e nas despesas de cartório.

A segunda parte do art. 294 harmoniza-se com a norma do art. 19, mas, tanto quanto este, não incide, se o autor, que fez o aditamento, goza dos benefícios da gratuidade. Não se exclua a hipótese, nada impossível, de que o autor pleiteie a gratuidade exatamente pela impossibilidade de arcar com as custas acrescidas em razão da sua iniciativa de aditar.

3.Petição inicial omissa37 A lei desconhece a adição do libelo, a integração do pedido que se fez deficiente ou defeituosamente. O art. 294

36Comentário do atualizador.37Comenmiio do autor ao texto ab-rogado. ~d. a nota 34.

é conseqUência do art. 293. Se os pedidos têm de ser interpretados restritamente e cada pedido só contém o que essa interpretação restrita mostra ter, claro que se exclui qualquer faceta que o pedido omitiu, ou, a fortiori, qualquer pedido que se omitiu entre os pedidos (no trecho acima, que já estava nos Comentários ao Código de 1939 (Tomo II, 2~ ed., 401), firmou-se o acórdão do Supremo Tribunal Federal, 27 de janeiro de 1950, conforme ovoto do relator do Recurso Extraordinário n0 11.978, de São Paulo).

No § 256 da ZPO há uma referência que está errada: “durch richterluhe Entscheidung festgestellt werde”. Não só decisão judicial ocorre com declaratividade preponderante, quer em caso de ampliação de pedido (durch Esweiterung des Klageantrags), quer em caso de ter o réu exercido contra-ação, reconvenção (durch Erhebung 1

einer Widerklage). Por isso, “festgestellt” é impróprio. O que pôs a mais no pedido pode não ser apenas

declaração; pode ter sido, por exemplo, decretação de invalidade, condenação, mandado

ou

contramandado, ou algo de executivo, com o peso 5. Nem sempre o reconvinte apenas nega ou afirma existir uma relação jurídica.

O Código brasileiro não tem a ampliabilidade do pedido.

4.Separabilidade38 Se o pedido omitido é separável, pode a parte propor outra demanda. Se não é separável, pode ser que isso baste para que se repute inepta a petição (art. 295, 1), antes da citação; ou depois, com extinção do processo (art. 267, IV); ou para que o autor desista do processo, com protesto de volver ajuizo, e fazê-lo em pedido completo e perfeito. As vezes, no caso de mais de um pedido, pode dar-se que a omissão de um deles não exclua a completitude e perfeição de outro. O processo prossegue, se o autor preferir.

Opedido de perdas e danos, se não foi formulado com o pedido aforado, não se tem por implícito. A regra jurídica do art. 293, 2~ parte, somente concerne aos juros legais, e não às perdas e danos. Rege a espécie o art.

294 (Tribunal de Justiça de Santa catarina, 13 de novembro de 1946, R. F., 115, 116). Tem-se de propor outra ação, porque não há a consumptio no direito brasileiro; posto que possa haver oponibilidade de coisa julgada material, se o autor perdeu a ação, por improcedência.

Se foram pedidas indenizações, sem se falar em lucros cessantes, e sem ressalva de os cobrar o autor oportunamente, tem o autor de discutir a omissão da sentença, se entende que os pedira; trânsita em julgado a sentença, não mais pode pedi-los (2~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 10 de outubro de 1946, R. dos 7’., 165, 341; 10 Grupo de Câmaras Civis, 4 de fevereiro de 1947, 167, 242).

Pode dar-se cumulação se há pedido de despejo de prédios contíguos (1~ Turma do Supremo Tribunal Federal, 10 de janeiro de 1949, R. F., 125, 478), ou não, se há conexidade ou relação de conseqtiência nos pedidos; e. g., se se trata de retomada de prédios para demolição e reedificação (8~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 14 de dezembro de 1951,D. daJ., de l6deabrilde 1953, 1158). Aação dedemarcação ea de esbulho são cumuláveis (2~ Câmara Cível do Tribunal da Bahia, 22 de novembro de 1950, R. de D. L, 11, 222; 3~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 9 de março de 1950, R. dos T, 186, 116).

O pressuposto da mesma forma processual satisfaz-se se se adota o rito ordinário para todas as ações do petitum, porém isso não pode ocorrer se a forma especial é inadaptável à ordinariedade (5~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 23 de fevereiro de 1951, R. dos 7’., 191, 152).

Segundo o art. 264, feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu. Após o saneamento do processo, nenhuma alteração mais é permitida (art. 264, parágrafo único). Tem-se criticado a contradição entre o art. 264 e o art. 294, concernente a pedido que foi omitido (e. g., anteriormente Lopes da Costa), porque se permitiu a mudança, que é mais do que o aditamento, se há consentimento do réu. Modificar, expressão usada no art. 264, não é mais do que aditar, algo se altera sem se pedir o que não se pedira: o que foi omitido no pedido é algo de novo, sem ser simples modificação do pedido.

Compreende-se que não se possa aditar, acrescentar, e se possa, com o consentimento do réu, modificar. O que fora pedido como pedido continua. Não há plus.

Seção III

Do Indeferimento da Petição Inicial

Art. 295. A petição inicial 2) será indeferida ‘):

1 quando for inepta ‘);

1!-- quando a parte for man~festamente ilegítima 4);

III quando o autor carecer de interesse processual 5);

IV quando o juiz verificar, desde logo, a decadência ou a prescrição 6) (art. 219, ~ 50,>.

V - quando o tipo de procedimento 7), escolhido pelo autor, nao corresponder à natureza da causa, ou ao valor da ação; caso em que só não será indeferida, se puder adaptar-se ao tipo de procedimento legal 8); (ART. 295)

PETIÇÃO INICIAL

VI quando não atendidas as prescrições 9,> dos arts. 39, parágrafo único, primeira parte, e 284 ‘a).

Parágrafo único. Considera-se inepta “) a petição inicial 12,> quando ‘a): 1 lhe faltar pedido ou causa de pedir 14,>.

II da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão iS); III opedidoforjuridicamente impossível 16);

IV contiver pedidos incompatíveis 17,> entre si 18)~

1. Causas para indeferimento da petição O art. 295, 1, cogitou da inépcia como uma das seis causas para o indeferimento da petição inicial. Depois aludiu (art. 295, II) à manifesta ilegitimidade da parte, à falta de interesse processual do autor (art. 295, III), à extinção (decadência) ou àprescrição (art. 295,1V), ao fato de o tipo de procedimento não corresponder à natureza da causa ou ao valor da ação (art. 295, V), valor, entende-se, se não é possível a adaptação.

Se o juiz deferiu a petição inicial, de inicio ou após o autor ter aumentado ou completado o que constitui requisitos exigidos pela lei, houve despacho, com a ordem de citação.39

Se o juiz lançou indeferimento, não despachou: sentenciou com extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267, 1). Daí não se poder falar de despacho de petição inicial se o juiz indefere. Os arts. 162 e §

295, 296, 267 e 513 é que regem a espécie.

2. Requisitos e falta de requisitos As petições não são simples comunicações de vontade, mas declarações de vontade de caráter jurídico. Como manisfestação de vontade é que hão de ser tratadas, no tempo interior, e não como declarações em ato jurídico stricto sensu. No mais, como declarações. Devem satisfazer certos requisitos verificáveis desde logo, porque pedem a citação do réu e o estabelecimento da relação jurídica 39Assim também se, exercendo o juízo de retratação, previsto no art. 296, com a redação do art. 1” da Lei n0

8.952, de 13.12.94, o juiz der provimento à apelação da sentença de

indeferimento da inicial. Nesse caso, ocorrerá a substituição prevista no art. 512, mas da sentença de indeferimento por um despacho de deferimento, que grande parte da doutrina dirá ser decisão interlocutória, como parece também a concepção do legislador da reforma do CPC que, pela redação dada ao art. 522 pelo art. 10 da Lei n0 9.139, de 30.11.95, perfilhou o entendimento de que só existem despachos de mero expediente. E óbvio que o deferimento da inicial pode ser ordenado por acórdão, proferido na apelação do art. 296 ou nos eventuais recursos subsequentes (embargos infringentes, recurso especial, recurso extraordinário, embargos de divergência). Vd. os comentários ao novo texto do art. 296.

processual. Por isso mesmo, o primeiro deles é que a parte esteja submetida à jurisdição dos juizes do país; o segundo, que seja caso de processo civil; o terceiro, que o juiz seja internamente competente (capacidade de julgar e capacidade processual); o quarto, que, em certos casos, seja admissível a classe de processos que se intenta; o quinto, que o autor e o réu possam ser partes, estar em juízo, e que estejam representados, ou assistidos, conforme a lei; o sexto, que o procurador processual, dito judicial, tenha capacidade postulacional e esteja munido de poderes suficientes, ou que a parte possa pedir em causa própria; o sétimo, que não se ache na situação de extinção do processo por três vezes, sem direito de litigar sobre o mesmo objeto (art. 268, parágrafo único); o oitavo, que a petição esteja acompanhada de documento essencial ao julgamento, se não cabe um dos casos em que se dispensa. Em todos esses casos, e mais nos de inépcia da petição, pode o juiz indeferi-la.

Nem todos os documentos, com que se hão de provar os fatos expostos na petição, têm de ser produzidos desde logo. O art. 283 somente cogita dos documentos em que o autor fundar a ação ‘ aquele que é o título, aquele sem o qual não haveria o direito, a pretensão, ou a ação, que se alega, aquele que é o fundamento mesmo do pedido (cf. 2a Turma do Supremo Tribunal Federal, 23 de julho de 1946, R. F., 108,500), tal como, nas ações cambiárias ou cambiariformes, o título cambiário (letra de câmbio, nota promissória), ou cambiariforme (duplicata mercantil, cheque, “warrant”).

O art. 283 fala de documentos indispensáveis à propositura da ação.

O art. 396 refere-se ao art. 283 quanto à instrução da petição inicial; quanto à defesa do réu, é que exige os documentos destinados a provar-lhe as alegações.

Cumpre que não se leia o art. 396 como se a sua parte final fosse alusiva ao autor e ao réu. Só é concernente ao réu e à sua resposta.

Se o juiz deferiu a distribuição, autuação e citação do réu e das testemunhas, não pode, sponte sua, revogar o despacho (2~~ Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul, 12 de abril de 1950, J., 32, 224).

Todavia, ainda pode revogá-lo se o réu pede a extinção do processo (art.

267, 1).

Para que o documento tenha de ser junto desde logo, é preciso que, sem ele, possa o juiz entender cabível a pretensão à tutela jurídica, por ser afastada, com a falta, a prova da ação (de direito material). Por isso é que se dá, na lei, a sanção da extinção do processo (cf. 1a Turma do Supremo Tribunal Federal, 9 de janeiro de 1947), como se o autor da ação de reivindicamento do imóvel não juntou à petição o título que invoca (jO Turma, 14

de abril de 1947), salvo os casos que antes mencionamos.

Para a propositura da ação cambiária, ainda que se trate de titulo cambiariforme, é indispensável a produção do titulo40 (I~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, 31 de maio de 1960, R. dos T., 312, 605). Na ação de desejo em que se alega a necessidade de obra é indispensável a prova do licenciamento (2~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Pernambuco, 5 de abril de 1961, A. F., 44, 295), ou a notificação.

3. Inépcia da petição O despacho inicial do juiz é o que abre a porta à instauração da demanda, angularizando-se, com a citação, a relação jurídica processual. O Código de 1973 elevou-o, no caso de indeferimento, à categoria de sentença (arts. 162, § 10, 513 e 267, 1). Ainda não é ato contemporâneo da demanda, porque é possível não se realizar a citação do réu. A importância da citação cresceu de vulto no direito vigente, em relação ao direito anterior. O poder de indeferimento, se a petição é inepta, atende à economia processual e de saneamento geral dos pedidos. O Estado éinvocado; cabe-lhe vigiar os atos-estímulos de que sairá, depois, toda a demanda. O primeiro é a petição, ato vindo de uma das partes e dirigido a ele; o segundo é a citação, ato que vai do Estado à outra parte.

O principio Quod non est et esse etfleri nequit não pode ser afirmado para as impossibilidades da pretensão de direito material, tratando-se de relação jurídica processual: o pedido impossível faz ineficaz a demanda , não obsta a sua existência; o pedido juridicamente impossível, também (art. 267, VI). O art. 295 funciona como impeditivo prévio (nunca posterior!) da constituição da relação jurídica processual. Despachada a petição, passa a existir a relação jurídica processual. Despachada ou distribuída, se é o caso.

A inépcia há de ser evidente. Se não é de inépcia que manifestamente se revele, o juiz não pode indeferir a petição. Não pode o juiz, em ato de saneamento, ou fora dele, indeferir a petição por ser inepta, pois que já havia deferido4' (4~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 26 de outubro de 1960, R. J., 47, 210, e R. F., 199, 210; Câmara Cível do

40 Cf.oart.614,I.

41Embora não seja tarefa do atualizador assinalar divergência entre o seu pensamento e o do comentarista que haverá de prevalecer pela insuperável autoridade parece-me que o CPC permite ao juiz indeferir a inicial antes deferida (nesse sentido, em contradição consigo mesmo, o comentarista, no item 11, adiante). Observe-se que, na contestação, o réu pode alegar a inépcia da inicial (art. 301, III), que leva ao indeferimento dela (art. 295, 1), apagando-se, nesse caso, os efeitos do deferimento e os da citação dele decorrente (art. 219), salvo quanto à interrupção da prescrição, pela incidência do art. 172, 1 e IV, do Código Civil, e à constituição do devedor em mora, que é ato dependente só da comunicação feita a ele. O ponto agora suscitado, pelo que tenho colhido entre os processualistas. é controvertido. e lacunosas a doutrina e a jurisprudência.

Tribunal de Justiça do Paraná, 3 de setembro de 1962, R. dos T., 327, 607). O pedido manifestamente absurdo é inepto (4~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 30 de junho de 1961, R. F., 201, 215). O

recurso é de apelação, pois que a sentença importa terminação do processo sem julgamento do mérito (arts. 513

e 267, J)~42

Há casos de indeferimento da petição inicial sem ser por inépcia. Basta ler-se o

art. 295, onde o de ser inepta a petição é apenas o primeiro caso. O caso do art. 295, V, é exemplo de indeferimento sem ser por inepta a petição. Se não foi atendido o que se estabelece no art. 39, parágrafo único, ia parte (art. 295, VI), tem de ser indeferida a petição inicial. O art. 295

9

distinguiu os fundamentos do indeferimento.

2

4. Ilegitimidade manifesta da parte O art. 295, II, em vez de só se referir ao autor, diz que é de indeferir-se a petição se manifestamente ilegítima a parte. Está certo. Se o juiz verificar que o réu não poderia ser parte (“manifestamente ilegítima”), seria contra os princípios que admitisse o absurdo de ser citada e trazida ao processo pessoa que, de modo nenhum, poderia ser parte.

Quando, por lei, alguém é substituto processual (art. 60), legitimação ativa existe. Se há dúvida quanto à legitimidade para a causa, deve o juiz abster-se, pelo menos por enquanto, de indeferir a petição, pois a lei exige que a parte seja “manifestamente ilegitima”(art. 295, II). Dá-se o mesmo em se tratando de ilegitimidade passiva. A defesa do réu vai concorrer para o elucidamento, bem como o que se passar na fase probatória.

Quando chegar ao saneamento (art. 331), tem o juiz de mais detidamente examinar o assunto.

5. Interesse processual Se o juiz, ao examinar a petição, chega àconclusão de que nenhum interesse tem o autor na propositura da ação, de que, portanto, nenhum interesse processual existe, qualquer que seja a causa para tal convencimento do juiz, tem ele de indeferir a petição inicial. Ao chamar processual o interesse, o legislador caminhou do interesse até àtutela jurídica (pretensão à tutela jurídica, pré-processual), até à iniciativa de autor, que chega ao interesse na espécie de ação proposta. Não lhe parecesse bastante para o indeferimento da petição inicial faltar a pretensão à tutela jurídica: pode ela existir, como se a ação tinha de ser a declarativa, ou a constitutiva (positiva ou negativa), ou a condenatória, ou a mandamen 42Expressamente, o art. 296.

tal, ou a executiva, e foi acertadamente proposta a que devia ser. Quanto a não ter o autor observado as regras jurídicas quanto ao rito dos processos (ordinários, sumaríssimos, especiais, executivos),43 rege o art. 295, V

6.Decadência e prescrição Com a expressão “decadência”, o legislador teve por fito aludir a qualquer

“extinção”, ou porque resulte de regra jurídica, ou de cláusula negocial. O que o juiz afirma, para indeferir a petição inicial, é a não-existência do direito, da pretensão, ou da ação, que antes existia. Os direitos pessoais e os direitos reais, para os quais há termo final, seja legal, seja negocial, extinguem-se com a expiração. Idem, quando há condição resolutiva, ou advém resolução que apanha o direito ou o exercício do direito formativo gerador. O perecimento do objeto extingue o direito (desapareceram as qualidades essenciais, ou o valor do objeto; confundiu-se com o outro, de que não mais se pode distinguir; está em lugar de que não pode ser retirado). Se a coisa se confundiu, misturou ou juntou com outra, a ponto de não mais se poder dizer qual é, o dono da coisa principal a que a outra se uniu não perde o seu direito (principale trahit accessionen): faz-se dono do todo.

Prescrição não extingue; a preclusão, sim. A prescrição encobre a eficácia da pretensão e de ação, ou só da ação: nunca o direito. Direito não prescreve.

Prescrição é a exceção, que alguém tem (exceção de direito material), contra quem não exerceu, durante certo tempo, que alguma regra jurídica fixa, a sua pretensão ou ação. Serve à segurança e à paz públicas, para limite temporal à eficácia das pretensões e das ações. A perda ou destruição das provas exporia os que desde muito se sentem seguros, em paz, e confiantes no mundo jurídico, a verem levantarem-se contra o seu direito, ou contra o que têm por seu direito pretensões ou ações ignoradas ou tidas por ilevantáveis. O fundamento da prescrição e proteger o que não é devedor e pode não mais ter prova da inexistência da divida; e não proteger o que era devedor e confiou na inexistência da divida, tal como juridicamente ela aparecia; nem o que transparecia das Ordenações Filipinas (Livro IV, Titulo 79, pr., verbis “pela

negligência, que a parte teve de não demandar em tanto tempo sua coisa, ou dívida, havemos por bem, que seja prescrita a ação, que tinha para demandar"). Tal fundamento espúrio, de penalidade, viera das Ordenações Manuelinas (Livro IV, Título 80, pr.); pois não no tinha o direito

43Acrescente-se à enumeração onto sumário, consagrado no Código pela Lci n0 9.245, de 26.12.95, que alterou a rubrica do cap. III do tis. VII do livro 1, trocando por sumário o superlativo sumor,,ssimo. Vd. a nota 32.

anterior a elas (Lei de 5 de janeiro de 1339; cf. Ordenações Afonsinas, Livro IV, Tiulo 108, * 3). É interessante observar-se que ainda Andreas Von Tuhr (Der Alígemeine Teil, III, 507) empregou o falso fundamento, aludindo ànegligência do titular na atenção dos seus direitos.

O instituto da prescrição é de direito positivo. Se havia e há fundamento para ele, ou se é necessário à vida depois de se chegar a certo grau de civilização, é outra questão.

Atribuir-se-lhe a natureza de renúncia, ou de ficção de renúncia (J. G. Kierulf, Theorie, 211; J.E. Hasler, Die Wirkung der Verjãhrung, 15), orça por se degradar o instituto, que teve origens mais conspicuas. A proteção, que se contém na regras jurídicas sobre prescrição, corresponde à experiência humana de ser pouco provável a existência de direitos, ou ainda existirem direitos, que longo tempo não foram invocados. Não é esse, porém, o seu fundamento. Os prazos prescricionais servem à paz social e àsegurança jurídica. Não destroem o direito, que é; não cancelam, não apagam as pretensões; apenas, encobrindo a eficácia da pretensão, atendem à conveniência de que não perdure por demasiado tempo a exigibilidade ou a acionabilidade. Qual seja essa duração. Tolerada, da eficácia pretensional, ou simplesmente acional, cada momento da civilização o determina. Os prazos do Código Comercial correspondem a concepção da vida já ultrapassada; porém, o mesmo já se pode dizer de alguns prazos do Código Civil. A vida corre célere mais ainda na era da máquina.

Já antes, na nota 1) a este Capítulo, explicamos porque se põe na enumeração das decisões que extinguem o processo sem julgamento do mérito o que consta do art. 267,1 ("quando o juiz indeferir a petição inicial") e uma das causas de indeferimento é ter o juiz verificado, desde logo, a decadência (preclusão) ou prescrição (art. 295, IV, e 219, § 50) Se, diante disso, alguém entende que a

preclusão ou a prescrição supóe a relação jurídica de direito material, portanto questão de mérito, está a criticar o Código de 1973, art. 267, 1. O Código de 1939, art.

201, não o contínha. Conforme expressamos no lugar acima referido, tal apreciação pelo juiz de ter havido preclusão ou prescrição não leva a dizer que não procede o pedido, mas sim que foi tardio, mesmo se direito, pretensão ou ação existia, o exercício da pretensão à tutela jurídica. Mas há julgamento do mérito. O juiz, de oficio, pode indeferir a petição inicial se precluso estaria o direito, ou, tratando-se de direito patrimonial, ocorrera prescrição (art. 219, § 50) Aí, a declaração da prescrição supõe que pudesse haver direito, pretensão e ação. Não se desce ao fundo, mas vê-se de fora o mérito. O que mais importa é entender-se o que está nos textos, sem que se choque com os princípios

do sistema jurídico e da ciência. A extinção do processo com julgamento do mérito é a que mais se dá se o juiz acolhe ou rejeita o pedido do autor ou do reconvinte (art. 269, 1). Aí, acontece que o juiz entendeu que existia o direito, a pretensão e a ação do autor ou do reconvinte, e houve a preclusão (decadência) ou prescrição. Se o autor recorre de tal julgado, tem apenas de negar que não houve preclusão ou prescrição. Se na sentença final o juiz nega o direito, a pretensão ou a ação, nada há de dizer quanto à preclusão ou à prescrição, porque não preclui o que não existe, nem prescreve o que tem efeito que a lei, com o tempo, afasta. A preclusão e a prescrição a que se referiam os arts. 295, IV, e 267,1, são do direito, pretensão e ação, que estariam sujeitos a tal situação. Assim, não se julga ter havido ou não direito, não se acolhe ou rejeita o pedido do autor. Apenas se admite que, se o pedido fosse acolhível, estaria afastado pela preclusão ou pela prescrição. Aí está a razão para haver a regra jurídica do art. 269, 1 e a do art. 269, IV.

7. Tipo de procedimento No art. 295, V, faz-se causa suficiente para o indeferimento da petição ter o autor escolhido rito que não seja aquele que a lei previu. Mas, logo em seguida, estatui que, se o tipo de procedimento, que o autor escolheu, puder adaptar-se ao que teria de ser, o juiz há de deferir.’4 Entenda-se que, em tal espécie, ao despachar a petição inicial, deve o juiz dizer qual a providência ou quais as providências para se dar a adaptação.

Quando o autor erra na escolha do tipo de procedimento, tem o juiz de indeferir a petição inicial. Não tem eficácia acordo explícito ou implícito que permite ou mesmo que impõe determinado tipo, ou rito processual. O

assunto é de direito processual. Se se trata de espécie de ação (declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva) e, no direito material, há pretensão e as ações que são separáveis, não há óbice.

Vamos aos exemplos: Quem tem título executivo extrajudicial tanto pode propor, desde logo, a ação executiva, como pode propor a ação condenatória,45 ou mesmo

44Há de deferir se competente, entenda-se. Pode ocorrer a possibilidade de adaptação sem que o juiz tenha competência para o procedimento cabível. Imagine-se a propositura, perante o juízo comum, de ação ordinária ou sumária, quando a causa couber no art. 3', 1 ou II, da Lei n' 9.099, de 26.09.95, que rege os juizados especiais. Nesse caso, só cabe ao juiz declarar-se incompetente (art. 113) e ordenar a remessa da inicial ao juizado especial, para que ali se proceda, conforme a deliberação do respectivo juiz, à adaptação, ou se indefira a inicial, não excluída a hipótese de conflito (art. 115, II).

45Parece que a afirmação da possibilidade de propositura da ação condenatória pelo titular do título executivo extrajudicial foi feita, no texto, considerando a ação executiva do art. 298 do CPC (le 1939, que dava origem a um processo de conhecimento. Sobo Código de 1973, se o autor, munido de titulo extrajudicial (art. 585), propuser, em vez da execução, a ação condenatéria, carecerá dela a ação declaratória. A ação executiva de título extrajudicial tem 5 de executividade, 3 de declarativídade e 4 de condenatoriedade, de modo que pode ser proposta antes aquela ou essa. Proposta essa, passa a sentença a ter 5

de condenatoriedade, a que precede 4 de declarativídade e permite, com a sentença favorável, que tem 3 de executividade, propor-se a ação executiva. Se apenas se propôs a ação declaratória, a sentença dispensa qualquer exame da declarativídade na ação condenatória, que precisa de 4 de declarativídade, ou na executiva, que precisa de 3,45

8. Rito de processo Ao propor a ação, o autor escolhe, conforme a lei, o rito do processo (ação sumária, ação sumaríssima, ação executiva, ação cautelar, ação

especial). O que mais importa é a natureza da ação (aí, e. g., ação de direito material ‘ declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva), para se saber qual o tipo de procedimento que o Código discriminou e o valor da ação. A natureza da causa pode determinar a própria competência,47 mas, no art. 295, V, o que a lei refere éconcernente ao tipo de procedimento.

9. Informes de endereço No art. 39,1, estabelece-se que o advogado ou a parte que postula em causa própria tem de declarar na petição inicial ou na contestação o endereço em que receberá a intimação. Se faltou tal informe, o juiz ordenará (art. 39, parágrafo único) que supra a omissão no prazo de quarenta e oito horas, findo o qual será indeferida a petição inicial. Além desse caso, o art. 295, VI, remete ao art. 284, de modo que a falta de qualquer dos requisitos que os arts. 282 e 283 apontam basta para o indeferimento, mas tem de ser atendido o art. 284, onde se dá o prazo para a emenda, o completamento ou o suprimento da falta.

pela manifesta falta de interesse, decorrente da inadequação do meio pelo qual invocou a tutela jurisdicional. A ação declaratória afirmativa darelação consubstanciada no título é cabível, diante do art. 4’, 1 e do seu parágrafo único, condicionada a comprovação do interesse processual àdemonstração da ocorrência de lide quanto à existência ou à essência do título. Pouco prática essa ação diante da presunção que milita em favor do título, que só se ilide mediante embargos. Procedente o pedido da ação declaratória, não é a sentença nela proferida que se executa, mas o próprio título, inibido o devedor de suscitar em embargos o que na ação cognitiva já se houver decidido com eficácia de coisa julgada. ~ pacífica a possibilidade da ação decíaratória da inexistência de título extrajudicial, ou da ação de desconstituição dele, esta referida no § 1’ do art. 585, na redação do art. 1’ da Lei n’

8.953, de 13.12.94.

46O texto se afigura mais voltado para o Código de 1939, onde era cognítiva a ação de execução de título extrajudicial (sri. 298), do que para o vigente CPC, que equiparou aos judiciais os títulos extrajudiciais, que se executam tal como aqueles, sendo, entretanto, ilimitada a abrangência dos embargos à respectiva execução (ali.

745). Vd. a nota 45.

47 V. g., o art. 3’, II, da Lei n’ 9.099, de 26.09.95, dos juizados especiais.

COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CíVIL (ART. 295)

10.Outros requisitos Ao remeter aos arts. 39, parágrafo único, ia parte, e ao art. 284, o conteúdo do art. 295, V, dilatou-se, porque o art. 39, parágrafo único, 1a parte, se refere ao advogado que não cumpre a exigência do endereço, e o art. 284 concerne a todas as espécies dos arts. 282 e 283.

11.Quando é inepta a petição Tem de ser indeferida a petição inicial quando: a) os fatos hajam sido narrados de tal maneira que dele não se possa tirar o que serviria à exposição de causa para a lide; b) os fundamentos jurídicos, de que se valeu a parte ou o procurador judicial, são tão evidentemente inadmissíveis, ou ininteligíveis, que nenhuma sentença poderia ser dada com base neles; c) se o pedido é eivado de incerteza absoluta; d) se a petição não alude a nenhum meio de prova, ou se refere apenas a pretendidos meios de prova que o direito desconhece (como a petição que se propõe a provar os fatos da causa pela invocação de espíritos ou hipnotização da outra parte); e) se não foi requerida a citação do réu, salvo se se trata de processo excepcional que se abre inaudita adversa parte; f~ se não foi dado valor à causa. A parte citada pode reclamar contra a petição inepta (exceptio inepti libeili). A letra b) compreende: a impossibilidade física dos fatos narrados; a impossibilidade gnosiológica ou cognoscitiva, pela imnteligibilidade, ou por falta de sentido; a impossibilidade lógica, pela perplexidade ou contradição das proposições sobre os fatos, ou sobre os fundamentos jurídicos; a impossibilidade jurídica, pela falta de qualquer admissibilidade conceptual ou proposicional no direito; a impossibilidade moral, que se subsume na anterior, uma vez que é em virtude de regras de direito que se atende à relevância da moral nos atos jurídicos, materiais ou processuals.

A impossibilidade jurídica (“pedidos absurdos, contrários à lei expressa”) foi objeto de exame na 2~ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 28 de julho de 1942 (R. F., 92, 479).

A inutilidade de algumas narrações ou fundamentos, a superfluidade, a pouca ou mínima probabilidade de ser vencedora a parte, de nenhum modo autoriza o indeferimento. A petição inconcludente constitui, em vez disso, petição inepta. 2~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 30 de abril de 1957 (Dimas de Almeida, relator): “Não é inepta a inicial que narra os fatos de

maneira que deles se possa extrair, com suficiente clareza, a pretensão do autor; que contenha os fundamentos jurídicos do pedido, expostos de forma inteligível; que fez pedido certo; e que indica os meios de prova, cf. Pontes de Miranda, , II, 33".

A indicação de regras jurídicas, insertas em lei ou noutra fonte de direito, se feita insuficientemente, ou erradamente, não basta para que se repute inepta a petição inicial.

A inépcia pode ocorrer se tudo se concebeu absurdamente (5~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 15 de maio de 1964, R. dos T., 356, 231: "Como ensina Pontes de Miranda, a petição inicial é inepta, entre outros casos, quando os fatos tenham sido narrados de tal maneira que deles não se possa tirar o que serviria de exposição de causa para a lide, ou quando os fundamentos jurídicos são tão evidentemente inadmissíveis, ou ininteligíveis, que nenhuma sentença poderia ser dada com base neles, ou ainda quando o pedido é eivado de incerteza absoluta. A inutilidade de algumas narrações ou fundamentos, a superfluidade, a pouca ou mínima probabilidade de ser vencedora a parte, de nenhum modo autorizam o indeferimento por inépcia (Comentários, ao art. 160 do Código de Processo Civil).Na espécie, a petição inicial deu, realmente, exagerado desenvolvimento aos fatos ocorridos entre as partes, esquecendo de deter-se de forma mais clara e precisa no pedido e nos seus fundamentos jurídicos").

Se o demandado tem na petição inicial todos os pontos que bastem àconcepção da sua defesa, mesmo se sucintamente expostos, não há inépcia (3~ Câmara do Tribunal de Alçada de São Paulo, 28 de abril de 1964, R.

dos T., 363, 255). O erro material, corrigível, não há de ser elemento suficiente para se reputar inepta a petição (3~ Câmara, 8 de setembro de 1964, 370, 281), salvo se concerne à razão da causa.

A inépcia da petição é plus que se declara existir além da simples falta dos pressupostos da petição, sejam relativos à pretensão, à tutela jurídica e ao processo, sejam só à pretensão de direito material, porque, aí, todos são requisitos da petição (sem razão, a ~a Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 24 de maio de 1946, A. J., 79, 34; R. F., 109, 452). Nas Ordenações Filipinas, Livro III, Título 20, § 16, verbis "a matéria do libelo é tal

que por ela não pode o autor ter ação para demandar o que pede", não se aludia somente aos pressupostos de direito material, mas também aos pressupostos pré-processuais e aos processuais. Muito influiu na doutrina luso-brasileira o conceito vulgarizado em Samuel Stryk, Dissertatio de Jure Jjbellorum, c. 8, n0 3: "Ineptus dicitur libellus quando ex narratis non elicitur 8.ctio, vel ubi, ex narratione apparet quod iniustus et adeo vitiosus, ut actor, etiam reo non opponente a limine iudicii sit removendus".

Samuel Stryk reputava nula a sentença proferida em processo cuja Petição fora inepta. Na própria sentença final pode o juiz julgar inepta a Petição e de tal decisão cabe apelação. Até proferir a sentença pode o juiz convencer-se da ineptidão (cf. 28 Turma do Supremo Federal, 6 de outubro de 1950, D. daJ., de 7 de agosto de 1952,3641: "Denominou-se anulação do processo o que, na realidade, era desfazimento da relação processual, porque a autora não formulara claramente a demanda. Seria mais conveniente ao interesse das partes que a petição inicial fosse rejeitada antes da instrução da causa, para que a autora pudesse elaborar mais cedo o libelo adequado").

Ao réu é dado pedir ao juiz que mande o autor declarar (= aclarar) a petição, em qualquer ponto que seja obscuro, ambíguo ou equívoco (D. B. Altimaro, Tratactus de Nuilitatibus, II, rubrica 13, q. 1, n0 192; Manuel Gonçalves da Silva, Commentaria, 1, 74); mas há de mostrar os pontos obscuros, ambíguos ou equívocos, e não basta opor, em geral, que há pontos obscuros, ambíguos ou equívocos. A qualquer tempo pode ser oposta essa exceção de pedido obscuro.

Tudo que acima se disse sobre o pedido também se refere à defesa e à reconvenção. Também o autor tem a exceptio petitionis obscurae, no tocante à defesa e à reconvençao.

O juiz há de ter prudência e certa magnanimidade no declarar inepta a petição (18 Turma do Supremo Tribunal Federal, 17 de outubro de 1949, R. dos T., 201, 581, O D., 64, 201: "...deve ser medida de exceção usada com a máxima cautela, a fim de que o Estado não se furte à prestação jurisdicional, devida, em princípio, aos cidadãos"; 28 Turma do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, 6 de fevereiro de 1950, R. do T. de J., V, 52: "O

ideal seria, não há dúvida, pedidos bem articulados e processos bem ordenados. Mas, se a triste realidade é outra, cumpre ao tribunal, sempre que possível,

aproveitar os processos irregulares, além de demorados e custosos, e decidir afinal a contenda, no seu merecimento"; 2a Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 13 de março de 1950, R. F., 139, 277:

"Não obstante confusa, não é inepta a petição inicial, desde que, por sua leitura, se fique sabendo o que o autor pretende"; idem, Tribunal Regional do Trabalho da 28 Região, 8 de maio de 1952, R. dos T., 213, 546).

São exemplos de inépcia da petição: a) se o petitum é evidentemente contrário à lei, ou absurdo (38 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 13 de setembro de 1947, R. dos T.,172, 312, posto que, in casu, não fosse absurdo propor-se ação de nulidade de notificação, a que se cumulasse a ação de indenização pelos prejuízos que a notificação nula causasse; 68 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 20 de outubro de 1950, R. dos T., 189, 890); Tribunal Civil de Alçada de São Paulo, 22 de abril de 1970, 414, 239: "Inclui-se nos exemplos de inépcia arrolados pelo douto

Pontes de Miranda: "se o petitum é evidentemente contrário à lei ou absurdo"; b) se cumula ações evidentemente incumuláveis, revelando inabilitação profissional (48 Câmara Civil, de 19 de agosto de 1947, 169, 755; 28 Câmara Civil, 8 de abril de 1947, 113, 148; demasiado rígida, a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará, a26de abril de 1951, J. eD., II, 66); c) tratando-se, por exemplo, de ação de funcionário público contra entidade política, não se deu prova de ser funcionário público, desde logo (e. g., ação de mandado de segurança, 28 Turma do Supremo Tribunal Federal, 2 de julho de 1948); d) se ininteligível ou invencivelmente contraditória a petição (28 Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, 9 de novembro de 1950, Paraná 1., 53, 37).

A inépcia é examinada no momento em que se entrega ao juiz a petição inicial, ou, se houve deferimento, posteriormente (com referência a texto nosso, da 18 edição dos Comentários ao Código de 1939, a 28 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 17 de dezembro de 1963, R. dos T, 352, 163).

Não há ineptidão se, por exemplo: a) tratando-se de exigência de documento, o que foi apresentado é formalmente hábil (18 Câmara Cível do Tribunal de Justiçade Minas Gerais, 16 de janeiro de 1947, R. F., 114, 159), ou se é caso para se aplicar o art. 250 do Código atual (28 Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 26 de agosto de 1947: 48 Câmara Cível do Tribunal de Justiça do

Distrito Federal, a 9 de março de 1951); b) se apenas há equívoco do autor, em algum ponto, não-essencial ao pedido em sua totalidade (certa, a 28 Câmara, 31 de julho de 1945); c) se a omissão imputável é suprida pela documentação que completa a exigência legal (58 Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 23 de novembro de 1951); d) se o pedido foi genérico, pois a caracterização pode sobrevir e ao juiz é dado, como ao réu, provocar a declaração concretizante (58 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 10 de junho de 1951, R. dos T., 193,757); e) se a omissão quanto a certo pressuposto foi no interesse do réu, sem prejuízo do pedido (48 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 6 de março de 1952, R. dos T., 200, 450: "Não é inepta, antes éafirmação de bom senso jurídico, a petição inicial de desquite litigioso que pleiteia a convocação da parte contrária para a audiência prévia de conciliação sem articular os fatos, mencionando embora os fundamentos jurídicos do pedido"); J) se a conclusão do pedido decorre logicamente dos fatos narrados (48 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 25 de setembro de 1952, R. dos T., 206, 301).

O julgado que indefere a petição inicial, por inépcia, implica terminação do processo sem decisão do mérito, e dele cabe apelação. Se foi julgada

inepta a petição inicial, não são devidos os honorários do advogado da parte contrária (18 Câmara do Tribunal de Alçada de São Paulo, 19 de setembro de 1960, R. dos T., 308, 554). O art. 18 do Código de Processo Civil nada tem com as espécies de inépcia da petição.

O indeferimento da petição inicial por inepta não produz coisa julgada material. A mesma petição pode ser admitida por outro juiz.

Uma vez que o juiz pode vir a indeferir a petição inicial, por inépcia, depois de havê-la deferido,48 o que importa revogação do julgado, o deferimento inicial é de cognição incompleta, subordinado a reexame, ou quando se lhe revelar a ineptidão da petição inicial. Se o réu provoca o exame e o juiz indefere o pedido do réu quanto à declaração de ineptidão da petição inicial, sujeita fica a petição a novo exame se a revelação da inépcia foi posterior. De qualquer modo, é indispensável a fundamentação pelo juiz.

A petição de demanda de má-fé é petição inepta, tal como se, tendo de juntar prova à petição, o autor não o faz, ou declara que não há provas. Os arts. 16-18 concernem à má-fé julgada na sentença final, ou por ocasião de se decidir sobre requerimento de extinção do processo (art. 267, 1,1V e VI). Trata-se de pressuposto processual, se bem que alguns juristas (e. g., Leo Rosenberg, Lehrbuch, 58 ed., 367) liguem a repulsa à demanda temerária (e.

g., sem qualquer prova) à falta de necessidade de tutela jurídica, com o que não se pode concordar.

A omissão fez inepta a petição se, devido a ela, não é possível dar-se decisão com precedência da ação (28

Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará, 19 de junho de 1961, J. e D., 53, 87).

Discute-se se o juiz pode indeferir por inépcia requerimento de notificação, de aviso, ou de interpelação. A 28

Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a 18 de março de 1963, decidiu que, sendo a notificação de locatário simples comunicação de vontade de retomada do bem locado, não pode ser considerada inepta, e.

g., por se não dizer o nome da pessoa, descendente, em favor do qual se pediria. Aí, sem razão. No caso, a falta do nome do beneficiado é falta de pressuposto para a pretensão de direito material e a notificação é pressuposto da petição inicial.

48Aqui, o comentarista se pós em contradição com o que antes afirmara, sob o item 3, e foi objeto da nota de atualização n0 41. As contradiçóes de Pontes de Miranda, subaltemasnente exploradas, às vezes, por certos espíritos medíocres e invejosos, não tisnam a grandiosidade da sua obra monumental, que transforma os demais juristas em anóes, como disse Dado de Almeida Magalhães. Não se pode esperar rígida coerencia de quem produziu tanto e pensou todo o tempo (que o diga, por exemplo, o magistral Carnelutti) sobre normas e institutos fluidos pela própria natureza e que, traiçoeiramente, não se apresentam com rígida constância aos olhos do observador, aos quais se manifestam como um caiidoscópio.

12. Despacho de deferimento ou de indeferimento Os momentos

principais para o indeferimento são o do despacho na petição e o do despacho no pedido de extinção do processo. Ambos são sentenças. A apresentação da contestação não impede a repulsa por inépcia da petição (2~

Turma do Supremo Tribunal Federal, 17 de setembro de 1940, R. F., 85, 670). Pode mesmo o juiz, recebendo-a, reexaminar a petição e apreciar a inépcia alegada.

Do despacho que repele, initio litis, apetição, ou que o faz depois, com efeitos ex tunc, pois que sentença é, cabe apelação. Do despacho que reputa sem razão a alegação de inépcia e, pois, saneado o processo, o agravo de instrumento, com a invocação do art. 522, § 1~X'~

A decisão que aprecia e admite a ilegitimidade ad causam é apelável (58 Câmara Civil de Justiça de São Paulo, 12 de novembro de 1948, R. dos T., 178, 811). A que julga a ilegitimidade ad processum, que é ilegitimidade para ser sujeito da relação jurídica processual, tem os mesmos recursos: se favorável a decisão, apelação; se desfavorável, agravo de instrumento.50

Se houve despacho do juiz firmando a legitimidade ad processum e transitou em julgado (= não foi interposto o agravo de instrumento), nenhum óbice se cria a que a sentença aprecie a legitimidade ad causam. A matéria é outra, posto que as duas legitimidades de regra coincidam. Ainda quando, na espécie, coincidem, a decisão favorável quanto à legitimidade processual não preexclui a decisão desfavorável quanto à legitimidade de direito material.

O Código é claríssimo em considerar nulo o processo se o autor não tem a capacidade processual (art. 13, 28

alínea, e 1). Sem ela, a relação jurídica processual existe, mas é nula. O juiz pode decretar, de ofício, a 1

0 nulidade. Não se trata, pois de inexistência. Portanto, sobrevindo a capacidade, pode ser suprida. Os 2 arts. 248-250 são aplicáveis.

Se o juiz, após as providências do art. 13, não pronunciou a nulidade, violou a lei, e a sentença, que transitou em julgado, é rescindível (art. 485, VI).

Outra questão é a do absolutamente incapaz, sem representação no processo, cuja citação foi nula, por isso mesmo. Aí, a nulidade é ipso iure, atingindo a citação e a sentença, que não cobre essa nulidade. Cabem, então, a ação de nulidade de que falaremos depois, especialmente sob o art. 741

49Cabe agravo de instrumento ou retido, conforme o art. 522. caput, na redação do art. 10 da Lei 1109.139, de 30.11.95.50Ou agravo retido. ~d. a nota 49.

PETIÇÃO INICIAL

,e a açao rescisória (posto que prescindível), além dos embargos do devedor, com fundamento no art. 741.

Outra questão é a do citado relativamente incapaz, sem alguém que o assistisse no processo, porque, nesse caso, a nulidade é coberta pela sentença, e só a ação rescisória pode atacar o julgado (art. 485, V). Se, porém, existia titular do pátrio poder, tutor ou curador, que também devesse ser citado, afalta de citação é nulidade ipso jure.

Nada obsta a que se insira nos embargos do devedor, porque a sua citação deveria ter sido feita e válida. Tal espécie somente ocorre se a lei exige que ambos sejam citados, incapaz e assistente, porque a ação se exerce contra os dois, e não só contra aquele, assistido pelo titular do pátrio poder, tutor ou curador, como se o ato ilícito foi praticado pelos dois, figurando no documento, por exemplo, com endossante assistindo o relativamente incapaz e o titular do pátrio poder, tutor ou curador, como assistente.

Tratando-se de enfermo da mente, a nulidade ipso jure independe de já haver, ou não interdição; nula, de pleno direito é a instalação da relação jurídica processual e nula, também a sentença. Em todo o caso, no processo da interdição, o interditando é parte e tem capacidade processual, nomeando-se-lhe apenas curador.

O art. 741,1, falando dos embargos do devedor, oponíveis por nulidade da citação, exige, a mais, o requisito da revelia. Pergunta-se: se o processo correu contra o absolutamente incapaz, que não compareceu, ~,é nula a sentença, que transitou em julgado? Sim, pois correra à revelia o processo. Mas o processo em

que foi citado o absolutamente incapaz que compareceu e foi intimado enquanto absolutamente incapaz, inclusive para o trânsito em julgado, foi processo em que houve revelia. Não se pode dizer que não houve revelia se a incapacidade absoluta nunca cessou, até o trânsito em julgado. Se cessa após esse, pode ser alegada, nos embargos do devedor, a nulidade (art. 741). Não há sanação de tal nulidade da sentença ainda que o absolutamente incapaz, que se tomou capaz, não proponha logo a ação de nulidade. Essa é imprescritível e impreclusivel.

Há capacidade processual excepcional: a) sempre que se atribui a alguém poder litigar sobre o que não é objeto de direito que lhe toque; b) sempre que se confere ao absolutamente incapaz, ou ao relativamente incapaz, capacidade para atuar em alguma espécie (e. g., ao interdito, pedir levantamento da interdição, art. 1.186, § 10).

A capacidade processual é pressuposto processual. Há de existir no momento da decisão; portanto, no momento em que termina o debate oral ou em que os autos são conclusos, ou na via recursal, ainda que se trate de recurso extraordinário. A perda da capacidade processual durante o processo suspende-o (arts. 13 e 265, 1): não se prossegue, salvo se já iniciada a audiência de instrução e julgamento (art. 265, § 1~'). O representante somente pode praticar atos processuais se ocorre o que se prevê no art. 266.

A reaquisição da capacidade opera-se automaticamente. Os atos processuais praticados durante a suspensão, se não cabem nos arts. 265, §§ 10e 20, rn fine, e 266, são nulos, mas pode ser-lhes suprida a falta, ou podem ser repetidos (art. 250), ou considerados válidos, se a espécie é regida pelo art. 249 e § 20 ou pelo art. 249 e § 1~.

A capacidade processual para cada ato processual deve existir no momento em que é praticado. A interdição da parte faz cessarem os poderes conferidos; não a própria incapacidade absoluta, se transitória e posterior àoutorga válida dos poderes.

Se a parte é processualmente capaz, entende-se que o é para todos os atos processuais. Não existe capacidade processual só ativa, nem capacidade processual só passiva, como acontece com a capacidade de ser parte. Se alguma parte é processualmente incapaz e não tem representante, deve ser-lhe dado curador especial, curador à lide, o que não acontece com o falido, que demanda a

respeito de direitos da massa, porque não é processualmente incapaz, mas sim ilegitimado ad causam.

O curador à lide, que se nomeia ao processualmente incapaz, representa-o, ou assiste-lhe, até que ingresse o representante legal. Se o processualmente incapaz praticou atos processuais, são nulos, em virtude das regras jurídicas dos arts. 80,90 e parágrafo único, e 13 do Código de Processo Civil, podendo ser invocados os arts.

249, § 2~, 245 e 249,

§ 1¶ O representante legal, que tenha sobrevindo, ou o próprio 1 curador à lide, ou a PETIÇÃO pessoa que se tomou capaz, pode pedir a repetição do ato ou seu 0 suprimento, segundo INICIAL o art. 250.

4 A nulidade por falta

de capacidade processual é decretável de ofício e alegável pelo funcionário judiciário ou pelo órgáo do Ministério Público que tenha de documentar ou oficiar. As dúvidas são resolvidas de ofício. O adversário pode arguí-la, em exceção, ainda se vencedor na instância inferior: bem assim, o representante legal de quem se crê processualmente incapaz; ou o próprio processualmente incapaz, se demandado, ou demandante, se sobreveio a incapacidade processual.

O julgamento é de inadmissibilidade da demanda, se a nulidade atinge a petição ou a citação, caso não incida o art. 250, ou 249 e §§ 10 e 20; transitoriamente se admite a demanda, nomeando-se curador à lide (art. 90

e parágrafo único).

(ART. 295)

Se a nulidade atinge a petição ou a citação, a decisão em grau de recurso é de inadmissão da demanda (ali, porque não há a relação jurídica processual; aqui, porque falta a angularidade), mesmo que tenha havido sentença sobre o mérito desfavorável ao incapaz (aliter, se foi favorável, art. 249, § 20) e as custas do processo suporta-as o demandante, ainda que haja sido o processualmente incapaz. Se a incapacidade processual sobreveio, é nulo o ato processual que foi praticado ou recebido por ela ao tempo da incapacidade processual, não

incidindo o art. 249, § 20, ou o art. 249, §10. Se a incapacidade processual superveniente foi notada antes da prática ou recepção do ato processual, que seria nulo, pode dar-se admissão provisional da parte (einstsweilige Zulassung der Partei). A nomeação de curador à lide, como a admissão provisional da parte, supõe que haja declarado a incapacidade processual da parte. Se há dúvida quanto àincapacidade processual, a admissão provisional pode dar-se.

A falta de capacidade processual, não tendo incidido o art. 249, §§ 10

e 20, pode dar ensejo a ação rescisória de sentença. Na ação de rescisão de sentença, a parte processualmente incapaz na ação em que se proferiu a sentença rescindenda é processualmente capaz, sem necessidade de intervir orepresentante legal. Até se decretar a rescisão, com eficácia de coisa julgada, a sentença rescindenda é executável.

13. Inépcia e causas O Código, no art. 295, parágrafo único, volveu ao assunto da inépcia da petição para definir petição inepta, mas com alusão a causas: falta do pedido ou causa de pedir (cf. arts. 282, III, e 267, IV e VI), quando da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão, quando o pedido for juridicamente impossível, ou quando contiver pedidos entre si incompativeis.

14.“Petitum” e “causa petendi” Petição sem pedido é petição vazia, não é petição, porque, no escrito, nada se pede. A causa petendi é a razão, na dimensão do Direito, em que se funda o pedido, por ter ocorrido o suporte fáctico e nele ter incidido a regra jurídica.

Se o autor expõe os fatos e cita regras jurídicas, dizendo, apenas, afinal, que espera a decisão favorável, pediu.

Se tem duas ou mais pretensões e ações e não diz em qual delas entre o petitum, é caso para o juiz ordenar que explicite.

O que é de maior relevo do que os elementos subjetivos para a petição inicial é a indicação dos fatos e dos fundamentos do pedido. O autor tem de pôr na petição inicial todos os informes quanto aos elementos que compõem o suporte fáctico da regra jurídica ou das regras jurídicas cuja incidência, no passado, ou no presente, ou no passado e no presente, ou no futuro, se afirma, para que o juiz a aplique, ou as aplique. Ai podem surgir ou surgem as quaestionesfacti e as

quaestiones juris. Mesmo para a decisão quanto às regras jurídicas, os enunciados sobre fatos são da maior importância, mesmo para que o juiz julgue acertadamente (art. 126). Se algum fato ou circunstância ou alguns fatos ou circunstâncias constam dos autos, apesar de terem sido alegados pelo autor ou pelo réu, o juiz livremente os aprecia e tem o dever de indicar na sentença os motivos que o levaram ao convencimento (art. 131). Os fatos e as circunstâncias podem resultar da petição inicial ou da contestação, ou das alegações novas que se permitam (art. 303), ou das negativas ou confirmações do autor, em caso de ter o contestante oposto algo de impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 326).

Se não se pede conforme a causa que se alegou para pedir, como se o pedido é de decretação de nulidade e a causa que se apontou faria inexistente o ato jurídico, ou vice-versa, há inépcia na petição. Se da petição consta todo o pedido e nunca a causa de pedir, ou vice-versa, há inépcia. Por outro lado, pode haver incompatibilidade lógica ou jurídica entre o pedido e a causa de pedir. Se o autor pede a aplicação de regra jurídica com a alegaçao de fato ou de fatos que de modo nenhum comporiam o suporte fáctico da regra jurídica por ele referida, a petição é inepta.

A propósito da causa de pedir, que se refere, necessariamente, a fato ou fatos de que resultou a incidência da regra jurídica e, pois, a irradiação de direito, pretensão e ação, temos de advertir que do mesmo fato ou dos mesmos fatos podem derivar eficácias jurídicas diferentes com a possível propositura de duas ou mais ações. Ai, não há falar-se de litispendência. A lide, que pende, não é a mesma que se está propondo.

A lei brasileira tem exceçao à eficácia da litispendência. No art. 90 diz-se, com toda a precisão: “A ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas”.

15. Conclusão ilógicaSe a conclusão é ilógica, evidentemente , não há coerência da petição. É inepta.

16. Possibilidade jurídica Para que seja possível o pedido, no plano jurídico, é preciso que haja alegação de direito, pretensão e ação, ou só de pretensão e ação, ou só de ação, se tal ocorre, e não haja qualquer regra jurídica que faça limitação

da incidência do texto de que se irradiou a ação. A limitação da incidência, que pode ser de completa preexclusão da eficácia, ou é de direito processual ou de direito material.

(ARTS. 295 e 296)107

17. Incompatibilidade de pedidos Se há dois ou mais pedidos e são todos incompativeis, nada se pediu, e a petição é inepta. Se, para algum, ou para alguns, não há incompatibilidade, o juiz, ao despachar, deve ressalvar odeferimento da petição inicial. A parte ou as partes em que houve indeferimento não dão ensejo a agravo de instrumento, mas a apelação, porque indeferimento houve, posto que parcial.5’ O réu é que, quanto à parte 52

deferida, pode interpor agravo de instrumento.

18. Sorte dos pedidos incumuláveis A petição com cumulação de pedidos pode expor-se a que o juiz entenda não caber a cumulação e no exame liminar pode ele assumir duas atitudes: a) julgar inepta a petição (o que nem sempre se dá, porque incumulabilidade não contém, de regra, base suficiente para se julgar inepto o peticionário, salvo se há o elemento da incompatibilidade; b) desprezar o pedido, posterior, ou desprezar os pedidos, posteriores, que forem incumuláveis com o primeiro, ainda que se atenda à anterioridade lógica, a despeito da posterioridade redacional ou de articulação, que lhe deu o autor. No sentido de a), sem distinguir da cumulação de pedidos incumuláveis a inépcia no pedir, o que seria demasiado, a 2B Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 25 de março de 1952 (R. dos T., 201, 342). Sem razão. Não se sacrifica o que é separável, nem o que é compatível, máxime se o sacrifício do elemento se basearia na não-miscibilidade ou na impossibilidade de junção do outro elemento; se a a não se pode juntar b, bê que há de ser repelido. Se a é, a seu turno, inepto, é outra questão.

O mesmo critério científico há de guiar-nos quanto à decisão que admitiu a cumulação e foi, nesse ponto, reformada. Salva-se o pedido prior, ou salvam-se os pedidos priores. Quer o fundamento para se afirmar a incumulabilidade tenha sido incompatibilidade (= b não é compatível com a), quer a incompetência do juiz (aqui, deve-se salvar os pedidos para os quais é competente o juiz), quer a inajustabilidade das formas processuais diferentes, o tribunal há de proceder como se a ação tivesse sido proposta apenas quanto aos pedidos incólumes.

À ação cominatória do art. 287 pode ser cumulada a de indenização se já ocorreram os pressupostos uma e para a outra ação (já antes, a 5a

51Correto embora, não tem sido esse o entendimento da doutrina e da jurisprudência, que dão agravo do indeferimento parcial, por razões de ordem prática, mas com o pretexto de que não se terá extinguido todo o processo, que segue quanto à parte deferida (vd. a esclarecedora nota 2 ao art. 267, no CPC de Theotonio Negrão, 27 ed., Saraiva, São Paulo, 1996, p. 237).

52Ou agravo retido. Vd. a nota 49.

Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 25 de maio de 195 1,R. F., 137, 470). Todavia, não pode o juiz, ao serem-lhe conclusos os autos, primeiro julgar a ação de indenização. Julga o preceito e, julgado, atende, ou não, ao pedido de indenização.

Art. 296.~~ Indeferida a petiçt~o inicial, o autor poderá apelar’), facultado ao juiz, no prazo de quarenta e oito horas, reformar sua decisão’).

Parágrafo único. Não sendo reformada a decisão2), os autos serão imediatamente encaminhados ao tribunal competente3)4).

1. Sentença de indeferimento e apelação54 O ato de indeferimento da petição inicial é sentença de natureza terminativa porque extingue o processo sem julgamento do mérito. A conjugação do inciso 1 do art. 267 com o

~ P’ do art. 162 não deixa qualquer dúvida a respeito, porquanto naquele se diz que se extingue o processo sem julgamento do mérito quando o juiz indeferir a petição inicial e neste se identifica como sentença o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa. O ato de indeferimento da inicial é apelável porque sentença (art. 513), como, aliás, se proclama no art. 296. No comentário 17 ao art. 295, Pontes de Miranda manifesta o correto entendimento de que também é sentença o indeferimento de parte da inicial, por isso apelável. Dissen tem a doutrina e os tribunais,55 mas sem razão, devendo-se reconhecer, todavia, que o entendimento majoritário, favorável, nesse caso, à interposição do agravo (art. 522), se prende a motivo de ordem prática: o problema do retardamento do feito, se, indeferida parcialmente a inicial, os autos subirem ao tribunal com a apelação. Tentei resolver esse problema, quando tratei

do indeferimento da reconvenção, preconizando a apelação

56

em autos apartados, nos quais se reproduziriam as peças pertinentes.

53Redação do art. i~ da Lei n’ 8.952, de 13.12.94. Na redação anterior, dispunha o art. 296: “Se oautor apelar da sentença de indeferimento da petição inicial, o despacho, que receber o recurso,mandará citar o réu para acompanhá-lo. * 1” A citação valerá para todos os termos ulteriores doprocesso. § 20 Sendo provido o recurso, o réu será intimado, na pessoa de seu procurador, pararesponder. § 30 Se o réu não tiver procurador constituído nos autos, o processo correrá à suarevelia”. São de Pontes de Miranda os comentários de n0 5 a 10, relativos ao texto anterior,mantidos pela razão apresentada na nota 34. Do atualizador, os comentários de n0 1 a4, impressosem tipo diferente, como explicado na mesma nota.54Comentários do atualizador.55Vd.anota51.56Cf.

meus comentários ao CPC, vol. VII, 2’ ed., Ed. Rev. Tribunais, São Panlo, 1977, pp. 128 e129.

Não fui levado a sério, talvez pelo empedernido misoneísmo dos bacharéis brasileirosY~

A apelação é o recurso da sentença de indeferimento da petição inicial, dita decisão no caput e no parágrafo do art. 296, onde se usou o substantivo no seu significado genérico de pronunciamento judicial. A essa apelação se aplicam as regras específicas do art. 513 e seguintes e as normas e princípios genéricos, relativos ao recurso. O

julgamento do mérito dessa apelação (isto é, do pedido de reforma da sentença de indeferimento), mesmo no juízo de retratação, depende da observância dos pressupostos subjetivos, objetivos e procedimentais do recurso (v. g., legitimidade, tempestividade, preparo). Podem apelar o autor e os demais legitimados do art. 499, não se devendo excluir, aprioristicamente, a apelação do próprio réu, que intervenha no processo, ou nele já se encontre, e apela como parte. Também ele tem direito à jurisdição reclamada pelo autor.

O deferimento pode ocorrer enquanto ainda linear a relação processual, nela

presentes só o autor, ou autores, e o juiz, como depois da sua angularização, decorrente da integração do réu ao processo, através da citação ou da comparecimento espontâneo.” Presente o réu, ele deve responder ao recurso e sofrerá a eficácia do quanto nele se decidir. Ausente, o provimento do recurso não obstará a que ele suscite questões já decididas (v.g., se ausente o réu, se indeferiu a inicial por inépcia, mas houve o provimento da apelação por se considerá-la apta, nada impede que o réu, vindo ao processo, argúa a inépcia, que será objeto de nova deliberação).

59

2. Retratação O novo texto da art. 296 instituiu, na apelação, o juízo de retratação, típico do agravo. Não se pense que a frase “facultado ao juiz “, constante do caput, torne opcional o juízo de retratação, que éobrigatório. Aquela oração apenas alude à possibilidade, que a norma criou para o juiz, de voltar atrás e deferir o que antes indeferiu, sem o dispensar, contudo, do dever de proceder à retratação, examinando o recurso, para manter ou reformar seu julgamento. Pode o juiz indeferir a apelação pela falta de um dos seus pressupostos <v.g., intempestividade, 57Pareceu-me que Orlando de Assis Corrêa, Os Recursos no Novo Código de Processo Civil, Síntese, Porto Alegre, 1976, p. 51, concordou com a sugestão.

58Vd.asnotas4íe48.

59Comentário do alualizador.

ausência de preparo) daí advindo para o apelante outra sucumbência, reparável por meio de agravo (obviamente que só de instrumento art. 523, ~ 4”, na redação da Lei n” 9.139, de 30.11.95 porque não haveria meios de fazer subir o agravo retida, pela falta de outra apelação), no qual só se discutirá a admissibilidade da apelação; jamais se podendo reformar, por meio dele, a sentença de indeferimento.

Provendo a apelação, no juízo de retratação, para deferir a inicial, o juiz substitui sua sentença por um despacho, operando-se, aí, a substituição do art. 512, que não ocorre se ele apenas mantiver sua sentença porque se limitará, nesse caso, a desprover o recurso sem, contudo, completar-lhe o bifásico julgamento, a se aperfeiçoar no tribunal. O ato de retratação éagravável (art. 522) pelo réu

presente no processo, mas não gera qualquer preclusão para ele, se ausente.

3.Encaminhamento ao tribunal60 Não se retratando, o juiz encaminhará os autos ao tribunal, imediatamente, diz o parágrafo único, para sign~ficar que, ainda linear a relação processual, não se citará o réu para acompanhar a apelação, como previa o ab-ro gado caput do art. 296. Sobem os autos, desde logo, ao tribunal, que o parágrafo disse competente, explicitando o que ficaria implícito sem o adjetivo.

No tribunal, o procedimento da apelação é o previsto no Código, cujo art. 551, no s~ 3”~ com a redação do art.

1” da Lei n” 8.950, de 13.12.94, dispensa revisor, e nas normas de organização judiciária e regimentais. Provido o recurso, baixam os autos para a citação da réu ainda ausente. Do acórdão que julga a apelação cabem, desde que configurados os respectivos pressupostos, os recursos admitidas na lei e na Constituição (embargos infringentes, recurso especial, recurso extraordinário, embargos de divergência, e sempre embargos declaratórios, que recurso não são, porém simples incidente de esclarecimento do julgado). Pode dar-se, então, que o deferimento da inicial só venha a ser concedido em recurso subseqttente à apelação do qual também pode advir o indeferimento dela, se a apelação foi provida por acórdão impugnado com êxito.

Provida a apelação, ou recurso subseqUente, para se deferir a inicial, baixam os autos, citando-se o réu pelos modos previstos na lei.

4. Presença do réu6’ O indeferimento da inicial pode ocorrer depois da integração do réu ao processo. Assim, por exemplo, ciente da ação, ele

compareceu espontaneamente, antes mesmo que o juiz deferisse a inicial, ou foi ela indefe rida por provocação dele, como quando, na contestação, lhe argUiu a inépcia (art. 301, III), determinante do indeferimento (art. 295, 1).

Se o réu intervier no processo antes da sentença de indeferimento, ou mesmo depois dela e da apelação, mas antes da retratação, deverá o juiz ordenar sua resposta. Nesse caso, ficará ele vinculado ao que na apelação ou nos recursos subsequentes se decidir, e proibido de suscitar, novamente, as questões decididas (art. 473), porém não outras, que também possam conduzir a outro

indeferimento.

Ingressando no processo depois do juízo de retratação, que é a primeira fase do procedimento da apelação, ele permanecerá inerte no feito, à espera do julgamento do recurso. Poderá, todavia, recorrer do acórdão de provimento do recurso e deverá responder aos recursos que se interpuserem do acórdão de desprovimento.

Deferida, afinal, a inicial, baixam os autos, mas não se cita o réu presente que, entretanto, será intimado, no juízo de origem, para responder à ação (art. 297).

5.Indeferimento da petição inicial e recurso O recurso do indeferimento da petição inicial é a apelação (arts.

513, 267, 1, e 296). Tem o juiz de mandar citar o réu, para que acompanhe o recurso. A qualquer tempo pode o autor desistir do recurso, sem precisar da anuência do recorrido e dos litisconsortes (art. 501). O prazo para interposição da apelação é o de quinze dias (art. 508), salvo se sumaríssimo o procedimento, porque então o prazo é de cinco dias (art. 508, parágrafo único).

No direito anterior não havia o que hoje consta do art. 296, mas tínhamos de atender ao art. 826 do Código de 1939, em que se dizia que, interposta a apelação, o juiz mandaria intimar o apelado para oferecer em cartório as suas razões. Todavia, como não tinha havido, de ordinário, citação, por ser raro o indeferimento posterior a ela, não se ouvia o citando.

OCódigo de 1973 acertadamente exigiu, em caso de indeferimento da petição inicial, que se mande citar o réu para acompanhar o recurso. Ainda não fora ouvido, mas agora tem de o ser. Contra-arrazoa, acompanha-o na instância superior, examina o curso do processo. O assunto para qualquer indeferimento não importa, porque o provimento ao recurso de apelação atinge quem agora está citado. A citação, que passa a ser a que se teria de fazer se a petição inicial tivesse sido deferida, não dispensa a intimação do procurador constituído pelo réu. Se o réu, por si mesmo, atuou em causa própria (art. 36), não se precisa da intimação a que alude o art. 296, § 20. No art. 296, § 30, diz-se que, se o réu não tiver procurador constituído nos autos, o processo correrá à sua revelia; exceto,

entenda-se, se incidiu o art. 36. O art. 296, § 30, supõe que o réu não tenha sido procurador em causa própria e, a despeito de ter sido citado, não haja constituído procurador.

A qualquer momento até a ciência do provimento do recurso de apelação pode ele constituir procurador nos autos, pois a ação prossegue. Mais: sejá se iniciou o prazo para a contestação, o procurador, que só então foi constituído, ainda pode contestar. Adiante, nota.

6. Citação do réu, se houve apelação63 Se o juiz indeferiu o pedido do autor e esse interpôs a apelação, o réu, citado para acompanhar o procedimento do recurso, tem-se como citado da petição inicial, para todos os termos ulteriores (art. 296, § 1<'). Citado foi com o conhecimento da petição inicial, de modo que, provido o recurso de apelação, ou se fez representar por procurador, que então é intimado para oferecer a contestação (art. 296, § 20).

7. Intimação do procurador6" Se o réu postulou no próprio nome, por ser advogado, dispensada está a intimação a que se refere o art. 296, §20; Se constituiu procurador, tem esse de ser intimado, porque da petição inicial se supõe que teve conhecimento o réu, talvez indiferente à sorte do recurso de apelação que o autor interpusera.

8. Réu citado sem ter constituído procurador63 Com a interposição do recurso de apelação, ciente ficou o réu, com a citação, do que se pedira e do que o juiz indeferira. Se não constituiu, sem ter a capacidade postulacional, ou sem ter funcionado no recurso como advogado, entende-se que a citação foi eficaz para toda a relação jurídica processual, que, com o provimento do recurso, se iniciara ex tunc e para a angularidade. Daí a falta de postulação em nome próprio ou de procurador importar a revelia do réu citado.

9. Eficácia da citação66 O réu tem de ser citado, porque, a despeito do indeferimento da petição inicial, tem ele de ficar ciente do conteúdo do

63ComenUrio do autor ao artigo revogado.64Comentãrio do autor ao artigo revogado.65Comentãrio do autor ao artigo revogado.66Comentkio do autor ao artigo revogado.

ato do autor, que iniciou a relação jurídica processual, e com a citação a

angularidade se estabelece. Se a apelação é rejeitada ou se lhe nega provimento, nada feito: apaga-se a relação jurídica processual e não só a angulação. Se provida, a citação tem toda a eficácia, como se o deferimento tivesse ocorrido com o despacho.

Mas precisa haver o prazo para a contestação, assunto do artigo 297.

67

10.Procurador e intimação A intimação é ao procurador ou

advogado, para que comece de correr o prazo para a contestação. Se o réu não tinha procurador, houve tempo suficiente, desde a citação, para o constituir.

No art. 296, § 30, diz-se que, se o réu não tiver constituído procurador nos autos, o processo corre à sua revelia.

Pergunta-se: ~até que momento pode ser constituído o procurador? Já antes aludimos a isso. O que énecessário é que o réu conteste, se pode atuar em causa própria como advogado que é, ou se constituiu advogado. Se não havia advogado, uma vez que fosse citado o réu, tem-se de pensar em que ele, ao ser provido o recurso, logo o constitua para que conteste no prazo de quinze dias. Dentro desse prazo pode constituir advogado, que há de contestar no prazo que está a correr contra o réu. Contudo, uma vez que háo art. 319, relativo à eficácia da revelia, se não houve a contestação, somente pode o revel intervir no processo recebendo-o no estado em que se encontra (art. 322).

Capitulo II

DA RESPOSTA DO RÉU

Seção 1

Das Disposições Gerais 1)2)

1. Resposta do réu A resposta do demandado pode consistir em contestação, em oposição de exceção, ou de ação de reconvenção. Ou, acrescentemos, em confissão e cumprimento integral do pedido, imediatamente ou no ensejo de sentença do juiz.

Dissemos: confissão e cumprimento integral do pedido. A qualquer tempo pode o devedor prestar o que deve e implícita está a confissão. Se o faz antes do proferimento da sentença, deve o juiz, se há tempo, de referir-se à ocorrência. Se não o fez, não importa quanto à prestação, que foi recebida. Está-se no plano do direito material.

Se a decisão tem 4 ou 3 de executividade, o réu quanto à execução está livre com o adimplemento.

Com a citação, angulariza-se a relação jurídica processual, razão por que, daí em diante, todos os atos partem de um lado, ou são bilaterais, como ocorre com a audiência. O Estado prometeu a tutela jurídica, o que ele cumpre com os órgãos judiciários. Como a tutela jurídica é dos direitos, pretensões e ações, de direito material, e o Estado faz regras jurídicas para que se atenda ao autor e ao réu, ou outros interessados, tais regras jurídicas são de direito processual, e não se compreenderia que ele também não prometesse a tutela jurídica de todos os direitos, pretensões e ações que do direito processual. A “açao~~, no sentido do direito processual, é a atividade que resulta do exercício da pretensão à tutela jurídica, já agora não só do que proveio do direito material como do que provém do direito processual.

Quando se diz (e quantas vezes se encontra a referência) que se exerce o“direito de ação”, esquece-se que da promessa de tutela jurídica provieram odireito à tutela jurídica, a pretensão à tutela jurídica, que se exerce mediante “ação” de direito processual. Rigorosamente, não há direito de 114DA RESPOSTA DO RÉU

ação, nem no direito processual, nem no direito material. Há direito, pretensão e ação, que se insere como objeto do pedido; há direito (à tutela jurídica), pretensão à tutela jurídica e “ação”, no sentido do direito processual. No jogo, quando a Justiça não pode receber a ação que teria o jogador que ganhasse, o que acontece é que não há ação de direito material e não se pode propor a “açao~~, remédio jurídico processual. O direito foi mutilado, e não se compreenderia que se pudesse exercer ‘‘ação~~ se nem sequer existe a ação de direito material.

Uma vez admitida a prestação da tutela jurídica que o Estado prometeu, constituída a relação jurídica processual, não se compreenderia, salvo em espécies excepcionais, que pessoa ou as pessoas que a prestação prometida pelo

Estado atingiria não fossem chamadas à relação jurídica processual que, no começo, era entre autor e Estado e passou a ser entre autor e Estado, bem como entre Estado e réu.

A defesa do réu, uma vez que se angularizou a relação jurídica processual, tanto é no tocante à promessa de tutela jurídica, ao petitum, como no que concerne ao procedimento. O réu defende-se quanto ao mérito como pode defender-se quanto ao que já se liga ao direito processual. Aqui, já se cogita da relação jurídica processual e o que com ela, que se angularizou, se passou, se passa ou vai passar-se. Os pressupostos que se originam do direito material estão lá dentro, no pedido, com o direito, a pretensão e ação. Os pressupostos do processo, que resultam da incidência do direito processual, são indispensáveis à prestação da tutela jurídica, cujo exercício consiste na "ação". O réu defende-se: quanto ao que é objeto do pedido, quer a respeito do direito, da pretensão e da ação, que resultante de algo novo, com a eficácia extintiva, modificativa, ou impeditiva, quer quanto à

"ação~~, exercício da pretensão à tutela jurídica; quer quanto ao que, no plano do direito material, o réu pedir a tutela jurídica, porque tem direito, pretensão e ação, que apresentam conexão com a ação principal ou com o fundamento da defesa (art. 315).

O direito processual civil, para que às duas promessas se atenda, assegura à defesa o exercício das exceções de direito processual (incompetência, impedimento e suspeição) (art. 304) e da contestação (arts. 301-303), que pode consistir em alegações de direito material, outras quanto ao pedido ou ao próprio processo. Alguns assuntos, que, na técnica legislativa anterior, eram exceções de direito processual civil, foram postos na contestação. Não falemos nas exceções de direito material, porque essas ligadas ao mérito, como a preclusão e a prescrição (art. 269,1V), têm de constar do julgamento do mérito.

2. Pluralidade subjetiva e pluralidade de ações Pode acontecer que haja dois ou mais réus, ou dois ou mais autores. Bem assim, contestação e reconvenção: ali, o demandado defende-se; aqui, faz-se também autor noutra ação, e a propõe no mesmo momento. A relação jurídica processual é outra, que se inicia com o despacho e se angulariza com a intimação do procurador do reconvindo. O Código, art. 316, empregou "intimado", em vez de

“citado”, tal como o Código de 1939, art. 193 (“intimar-se-á o autor”). A despeito da duplicidade de ações, com autores e réus, atende-se a que a reconvenção supõe a conexidade com a ação proposta, ou com o fundamento da defesa.68

Art. 297. O réu poderá oferecer, no prazo de quinze (15) dias, em petição escrita, dirigida ao juiz da causa, contestação, exceção e reconvenção ‘).

Art. 298. Quando forem citados para a ação vários réus, o prazo para responder ser-lhes-á comum, salvo o disposto no art.

191 2)

Parágrafo único. Se o autor desistir da ação quanto a algum réu ainda não citado, o prazo para a resposta correrá da intimação do despacho que deferir a desistência 3>•

1. Defesa do réu e prazo O réu tem o prazo de quinze dias para, em petição escrita e devidamente assinada, dirigida ao juízo para o qual foi citado, contestar, excepcionar ou reconvir. A lei estabelece requisitos e eficácia para cada um desses atos processuais.

O princípio da angularidade da relação jurídica leva a exigir-se que falem todas as partes (de um lado e de outro). De modo que, se a relação jurídica processual não é entre autor-Estado e Estado-réu, não se há de exigir que se pense em audiência bilateral ou contraditoriedade. Além disso, é de prestar-se atenção a que audiência é efeito provável da chamada, da comunicação do que se passa, razão por que a revelia leva a se terem como verídicos os fatos alegados. O que importa é o Audiatur et altera pars, a citatio respecit defentionem. A presença não é elemento essencial: quem

68No procedimento sumário, instituído pela Lei n0 9.245, de 26.12.95, que alterou o art. 275 e ss. do Código, cabe reconvenção, como se descobre no § 1” do art. 278, resultante do art. I~ daquele diploma: “É lícito ao réu, na contestação, formular pedido em seu favor, desde que fundado nos mesmos fatos referidos na inicial”.

Coerentemente, o art. 20 da mesma lei ab-rogou o § 20 do art. 315, que proibia a

reconvenção no procedimento sumaríssimo, hoje sumário. Essa reconvenção se faz na própria contestação e só pode se fundar nos mesmos fatos da inicial e não noutros, não incidindo o art. 315, ao qual, implicitamente, se refere o texto do comentário, quando fala em conexidade com a ação proposta ou com o fundamento de defesa.

116

DA RESPOSTA DO RÉu

1

não comparece ou quem comparece e não contesta sofre os efeitos da comunicação que lhe foi feita. O que suscita as consequências é a in ius vocatio, e não a audiência: a vocação bilateraliza a relação jurídica processual (Estado-réu), sem precisar falar, como é vulgar em juristas de muitos países, de bilateralidade necessária da audiência, como se a chamada, a citação, não bastasse. O direito dos réus é o de serem ouvidos; por isso têm de ser citados, vocados ao juízo. Os citados foram intimados e têm de dizer "não~~ ou "sim~~, quer quanto ao todo quer quanto a algum ponto ou alguns pontos. O autor teve de expor o que se contém no seu pedido e o réu de manifestar-se, no tocante ao que foi ao seu conhecimento (sempre dissemos isso, que hoje encontramos, por exemplo, em Manfred Wolff, Das Anerkentnis im Prozessrecht, 2 s).

2. Pluralidade de réus Se houve citação de dois ou mais réus, o prazo para responder é comum, salvo se são litisconsortes com diferentes procuradores, pois então incide o art. 191: "ser-lhes-ão contados em dobro os prazos para contestar". Tal regra jurídica apanha as exceções e a reconvenção, que tem de ser no prazo para a contestação.

O prazo para a resposta, devido à pluralidade de réus, somente começa depois de citado o último deles. Não importa qual a espécie de procedimento citatório (correio, oficial de justiça, edital). Dá-se o mesmo se houve precatória ou rogatória. O art. 241, 1, III, IV e V, tem de ser cumprido, e a redação do art. 241, II, não foi injusta, porque somente falou de mandado de citação, "devidamente cumprido", pois há despacho mandamental qualquer que seja a citação.

No art. 191 diz-se que, quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores,

se contam em dobro os prazos para contestar. Tal regra jurídica afasta a do art. 298. Basta que um litisconsorte tenha diferente procurador para que o art. 191 apanhe o outro, ou os outros.

3. Desistência da ação Se são dois ou mais os réus, mas o autor desiste da ação quanto a algum que ainda não foi citado, têm de ser intimados do despacho que deferiu a desistência o outro réu, ou todos os outros réus, e o prazo somente dessa data há de correr. A ratio legis está em que os citados conheciam o número de réus e tinham de referir-se a fatos e fundamentos jurídicos do pedido, especificações e provas que poderiam ser concementes ao que ia ser citado e não foi, devido à desistência pelo autor.

Se o litisconsorte não citado, a respeito do qual o autor desiste da ação, era o último que seria citado, nenhum problema surge. Se outros ainda tinham de ser citados, não se poderia entender que, quanto a eles, o prazo (ARTS. 298 e 299)

corresse da intimação do despacho de desistência. Têm de ser feitas as outras citações e o art. 298 é que tem de incidir.

Art. 299. A contestação e a reconvenção serão oferecidas simultaneamente, em peças autônomas1); a exceção será processada em apenso aos autos principais2).

1. Peças autônomas O art. 299 exige que a contestação e a reconvenção sejam em peças autônomas, de modo que aquela se junte ao processo e essa em processo que acompanha o outro; a exceção, em processo apensado ao processo principal.69 Nada obsta a que o juiz entenda, de ofício ou a requerimento das partes, que se incluam no mesmo processo a ação e a reconvenção, mas há o inconveniente de surgir algum recurso para despacho proferido num deles e não no outro. O que se exige é que a reconvenção e a ação sejam julgadas na mesma sentença (art. 318).

As exceções a que se refere o art. 299 são as exceções de direito processual. As exceções de direito material são, de regra, dentro da contestação.

2. Desapensação Se algo acontece, como o recurso, que exija a desapensação, só o juiz pode determiná-la.

Seção II

1

Da Contestação)

1. Contestação Contestação é a contrapetição do réu: por ela, ele se defende, objetando. A lei permite que algumas matérias, que não são, rigorosamente, objeções, se incluam na contestação; então a forma da contestação é que se enche e incha com essas matérias (e.g., exceções), mas o art. 299, infine, fala de processamento das exceções, em apenso aos autos principais, o que tem de ser observado, se não há outra saída (e.g., só se alegou prescrição). A contestação ocorre quando já estabelecida a angularidade da relação jurídica processual. O momento constitutivo do ângulo é o da citação, quando foi comunicada ao citado a existência do

“processo”, isto é, da petição e do despacho. A defesa é desenvolvimento, e não criação; 69Passam-se as coisas diferentemente no procedimento sumário. Conforme o ars. 278, com a redação do art. 10

da Lei n 9.245, de 26.12.95, nesse procedimento o réu oferece resposta escrita, ou oral. Essa resposta abrange as três modalidades do art. 297, podendo vir numa só peça, sem que se proiba se apresentem em peças distintas. Se oral, será documentada por termo nos autos.

1

DA RESPOSTA DO RÉU

118

a comparência do citado, incidente. Ele, se comparece, ou o curador à lide, se lhe foi dado, apenas vai praticar toda uma série de atos, tendentes àrealização do princípio do contraditório (Audiatur et altera pars). Esse princípio fez a lei permitir ao autor, sozinho, a exposição dos fatos e da causa petendi, em vez de ser o Estado mesmo que se encarregasse disso (processo inquisitorial), e exigir não a audiência da outra parte, mas o chamamento da outra parte, dando-lhe a oportunidade de se defender. A angularidade da demanda instaura-se, não diante da pessoa física do juiz, mas da pessoa física do oficial de justiça que cita, ainda

que ausente o citado (citação com hora certa), ou do simples pedaço de jornal, que o citado lê ou deve ter lido. Tudo isso mostra que a relação jurídica processual independe da comparência das partes, mesmo a do autor, que requereu a citação. O

fato de uma, pelo menos, comparecer só tem importância para que a relação jurídica processual se desenvolva, para que a demanda judicial caminhe, para que se marquem novos momentos e se passe a novos estados da lide.

O nascer a “demanda”, a lide (litispendência), e ser “parte” o citado são fatos simultâneos. Se o juiz tem o poder de procedimento de ofício, ou, a pedido de alguém mas inaudita parte, essa simultaneidade se rompe, a outra pessoa será parte, réu, quando lhe chegue oficialmente o conhecimento da demanda. Quando se vai realizar a audiência, a comparência tem importância pela concentração e imediatidade. Daí as consequências da extinção do processo (art. 267, II e III, e § lo), da atitude do juiz no caso do art. 267, VI, consequências que nada têm com o início da demanda e os efeitos da citação.

Art. 300. Compete ao réu alegar, na contestação ‘>~>, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir 2> 1. Requisitos da contestação A contestação responde ao que o autor disse, na petição inicial, sobre o fato ou os fatos e sobre os fundamentos do pedido, de que se fala, sob o art. 282, III, e sobre os meios de prova de que o citado dispõe (art. 282, VI), inclusive sobre os documentos que há de juntar (art. 283). Daí a ligação do art. 300

aos arts. 282,111 e V e 283, estabelecendo certa simetria entre o autor e o réu.

A contestação não é necessária, como não no é a comparência. Não existe dever das partes de propor ação, nem de se defender. O interesse de pacificação que tem o Estado não mais vai até o ponto de obrigar o citado (ART. 300)

a comparecer. O processo prescinde do concurso ativo do réu. A contestação dos arts. 300-303 nada mai~ tem da antiga litis contestatio. Todo traço de tendência a criar ou recriar dever de atuar traduz regressão. O que pode prejudicar o réu, que se não defende por si mesmo, ou não ministra ao procurador os informes que só

ele talvez tenha, deriva da sua inatividade mesma, e não da sanção da lei. As antigas penas da contumácia, inclusive a de ser condenado o réu revel, são, hoje em dia, obsoletas. E certo que, no art. 453, § 20, se manifesta certa repulsa à parte que não comparece; porém livremo-nos de lhe dar interpretação literal. Quanto ao depoimento da parte, determina-se com a cominação de ser havida por confessa (art. 343 e §§ l~ e 20); de modo nenhum se filia à poena confessi , nas suas origens de coerção.

(A litis contestatio é hoje reminiscência, pois que só se encontra onde o peso do passado estabiliza, tal como se observa no direito canônico e no anglicano, F. Heiner, Der kirchliche Zivilprozess, 75; Ruck Phillimore, The ecclesiastical law oihe Church ofEngland~ 2~ ed., 961.)

j~Pode-se contestar por simples negação? Os requisitos da contestação são os dos arts. 282, III e VI, e 283. No art. 282, III, fala-se de fatos e fundamentos do pedido; no art. 282, IV, do pedido e suas especificações; no art.

282, VI, de meios de prova; no art. 283, dos documentos que hão de, por lei, ser juntos desde logo. Afirmam a abolição da contestação por simples negação alguns julgados; outros divergem (e. g., ía Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 17 de fevereiro de 1948, R. dos T., 173, 260).

Os enunciados do art. 282,111, são tantos quantos os fatos e fundamentos apontados. Se há negação geral, nega-se cada um deles. Quanto aos meios de prova, os princípios são os mesmos que regem os pressupostos das petições ínícíaís.

Onde explicitamente se repeliu, negou-se.

2. No passado e no presente A contestação da lide não tem mais a função que tinha a litis contestatio, a contratualidade desapareceu, com o monopólio da justiça e a pretensão à tutela jurídica contra o Estado. O ius dicere continuou conforme o método de fontes do direito (cf. E. 1. Bekker, (Iber anfang und Ende des “in iure” Verfahrens im Rõmischen Formularprozess: ius dicere litem contestam, 35 s.).

3.Falta ou omissão de contestação A falta de contestação pela outra parte estabelece a verdade formal da afirmação da parte. No Código de 1939, art. 209,

dizia-se que “o fato alegado por uma das partes, quando a outra o não contestar, será admitido como verídico, se o contrário não resultar do conjunto das provas”. No Código de 1973, art. 302, lê-se: “Cabe

1

DA RESPOSTA DO RÉU

120

também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Pressumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo:

1 se não for admissível a seu respeito, a confissão; II se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato; III se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto”. Pode haver omissão do réu, mas as provas feitas pelo próprio autor não bastarem para se admitir a presunção de veracidade. Pergunta-se: a retirada da proposição que estava no Código de 1939, art. 209, permite que, a despeito da insuficiência das provas feitas pelo autor e o que a favor do réu se tira das provas que fez o autor, j,tem-se por verdadeiro o que, aí, evidentemente não é? Pensemos no caso em que o autor pediu a condenação do réu a pagar x, juntando títulos que foram devolvidos pelo banco, por ter afirmado o réu que não os havia assinado e o tabelião, procurado pelo banco, ter-se recusado a reconhecer as firmas, o que consta da carta do banco, que acompanhou os tiulos. <,Como poderia o juiz condenar o réu, sem a produção de provas contrárias a isso? Imaginemos outro caso que o réu não contestou, porque já havia coisa julgada e era conhecida do juízo, que, por exemplo, proferiu a outra sentença. Supõe-se, portanto: a) vazio de prova contrária, suficiente, à afirmação da parte; b) afirmação que não esteja provada; c) falta de contestação pela parte contrária. O requisito b) é indispensável, porque, diante de certas provas, ainda falsas, o impulso humano é não contestar, fato psicológico de raízes longínquas, que levou o direito a admitir, por exemplo, a retratação da confissão feita diante de provas falsas ou insuficientes, que se criam inexpugnáveis. Se, porém, a parte ré, contestando, nega o fato, o Código manda que o autor faça a prova. Não se confunde esse princípio com os brocardos contra a pretensa prova impossível das negativas. Quer o autor, quer o réu, afirmando, tem de provar; mas a negação é afirmação e a afirmação negação, dependendo, como se viu, de sinal negativo

anteposto.

Quando o autor diz que o réu não pagou o aluguel, afirma; quando o réu contesta, afirmando que pagou, nega. O

medievalismo, tentando, na teoria do conhecimento e no direito, sustentar ordem econômico-poliica que estava a ruir, recorreu a sutilezas. O fato não contestado é tido como verdadeiro, salvo se outras provas o impedem.

Não contestada a afirmação, tem-se por verdadeira, se outras provas contrárias, suficientes não há, ou se não ocorre um dos casos do art. 302, 1, 11 e III. É erro, porém, confundir-se a não-contradição com a confissão, ou chamá-la "confissão implícita", como fez a 31 Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, a 5 de março de 1952 (A. 1., 62, 166).

(ART. 300)

121

Reconhecendo o fato constitutivo, o réu fica na posição de reconhecimento, que se distingue da posição de confissão e da situação antes estudada. Então, só lhe resta alegar a extinção, total ou parcial, como a solução da dívida, o perecimento do objeto, a lei nova que tirou a relação jurídica. Não temos os institutos processuais do reconhecimento judicial e da renúncia judicial. Não são como a desistência, que destrói com força retroativa a litispendência, sem resolver sobre o fundo. A sentença, havendo o instituto da renúncia ou do reconhecimento processual, resolve sobre o fundo. Não tínhamos, nem temos, no direito processual brasileiro, o reconhecimento judicial, nem a renúncia. O reconhecimento e a renúncia passam-se no direito material, e aí ficam, para serem matéria de ação, ou de defesa, ou de exceção.

Quando alguém entende que, ao pôr-se no art. 269, II, a extinção do processo com julgamento do mérito, causada pelo fato de ter o réu reconhecido a procedência do pedido, se criou o reconhecimento judicial, não atende ao direito material. Dá-se o mesmo com o art. 269, V, quando o autor renuncia ao direito sobre que se funda a ação. Ai, ocorre a extinção do processo com julgamento do mérito, mas não houve a judicialização, a processadização, da renúncia, que, aí é de direito material e no seu plano se efetivou. Os efeitos processuais, extintivos,

resultam de que o juiz, com o direito processual, aplica o direito material. Se o autor desiste da ação, ou se o réu desiste da reconvenção, há extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267, VIII). Ambos são tratados como a desistência de instância, que a eles pode estar junta. Os seus efeitos são, porém, os do direito material, ou como reconhecimentos, ou como transações ou como renúncias, propriamente ditas. A inclusão do reconhecimento ou da renúncia no processo, ou a sua produção dentro dele, apenas produz confissão quanto aos fatos confessados, e argumentação jurídica concorde, no tocante aos pontos de direito.

Salvo se as partes requerem o termo da desistência da ação e a sua respectiva homologação (art. 158, parágrafo único).

O réu pode ter tomado uma das atitudes previstas, e no entanto: a) afirmar que ao direito reconhecido faltam pretensão e ação, ou só a ação de que se trata; b) afirmar que à pretensão reconhecida falta ação, ou a ação de que se trata; c) afirmar que o direito, a pretensão, ou a ação se extinguiu; d) opor exceção, que é encobrimento de eficácia da pretensão ou da ação; e) alegar que ainda não é acionável a pretensão, ou que o remédio processual não cabe, in casu, ou não mais cabe.

Na Justiça do Trabalho, se o autor alega identidade de função e o réu a diferença de produtividade e perfeição técnica o réu nega o que o autor

disse. Não há, aí, alegação de fato extintivo, ou ocorrência de outro que lhe obste aos efeitos há alegação de que falta um dos elementos ao suporte fáctico da regra jurídica que o autor invocou (sem razão, o Tribunal Regional do Trabalho da ia Região, a 6 de setembro de 1950, D. da J., de 24 de novembro de 1950, 3800). A Turma Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso, a 16 de junho de 1950 (A. F.,) 19,203, disse muito bem: “Há sempre tipo legal para o fato constitutivo, conforme os elementos de que se compõe. Negado, pelo réu, fato constitutivo, continua competindo ao autor a sua prova”.

Se a dívida é de ir-se receber, o ônus da prova compete ao autor , a alegação pelo réu da falta de recusa concerne a elemento do suporte fáctico da regra jurídica invocada pelo autor (no mesmo sentido, a Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a 2 de maio de 1947, O D., 46, 270).

Também nega elemento do suporte fáctico da regra jurídica invocada pelo autor a alegação do réu quanto à importância da dívida (2~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 25 de agosto de 1947, O

Diário, de Belo Horizonte, de 18 de setembro de 1947), ou quanto à incapacidade, porque não há exceção de incapacidade, nem alegação de incapacidade é alegação de fato extintivo (sem razão, a 3~ Câmara do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a 18 de dezembro de 1947).

OCódigo não aludiu ao caso da prova de uma parte que, em vez de ser contra, seja a favor da parte adversa (exceto na confissão em que esse acidente é elemento de definição). Ai, de regra, fica extraordinariamente reforçada a prova da parte adversa ou confirmadas as suas afirmações, talvez até à evidência (Tribunal de Justiça de Sergipe, 10 de março de 1896, R. de J., 4, 188; de São Paulo, 2de abril de 1902, 15 de março de 1903; São Paulo, J., 1, 445; 9 de julho e 15 de setembro de 1904, V, 323, VI, 10).

O juiz não está constrangido a declarar ou a pronunciar que determinada regra jurídica regeu a espécie dos autos, que certo principio de lei ou certos princípios de lei incidiram, somente porque duas pessoas se acordaram sobre isso ou uma concordou com a outra. É principio essencial ao ordenamento jurídico que só se desloca a incidência da lei mudando-se o fato, e não mudando-se a lei, por meio de convenção. As leis são impermutáveis, ou por serem imperativas (cogentes), e terem as pessoas de obedecer a elas, desde que os fatos bastem como estímulo da sua incidência, ou por serem dispositivas, e haverem delimitado o que deixaram à vontade das partes, só entrando, na vida das incidências, se a vontade falta, ou por serem interpretativas, e terem de ser obedecidas em caso de dúvida, como declarações de vontade das partes.

A posição de revel teve no art. 319 trato geral. Donde duas atitudes que podem ter os intérpretes e aplicadores da lei, devendo-se assentar qual das duas é justa.

(a) Quem não contestou, nem compareceu, é revel; pode intervir quando entenda, recebendo o processo no estado em que se acha. Se o réu depositara tempestivamente o rol de testemunhas, j,pode exigir o autor que se ouçam sobre o pedido do autor? Se o autor junta documentos, fora da petição inicial, 6pode sobre eles falar e apresentar documentos contrários o revel?

(b) A alegação de força maior pode aproveitar ao próprio revel.

A solução certa é a solução (b), porque o art. 183 e §§ 10 e 20 prevêem a força maior que inibiu qualquer ato, inclusive o de apresentação de defesa (cf., para as testemunhas, 4~ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 12 de dezembro de 1945, R. F., 106, 90; R. dos T., 162, 146). Quem não protestou por meios de prova não pode produzi-la; quem omitiu um meio não pode produzir. Quem não se defende não protestou por provas. Somente pode falar sobre provas e alegareprovar contra documentos novos. Mas o art. 183 e §§ 10 e 20

são invocáveis.

O Juiz somente pode recorrer ao argumento que se baseie no art. 333 depois de haver examinado as provas.

Porque as afirmações, conforme antes foi dito, são comunicações de representações. Julgamentos de fato, e não declarações de vontade. É o último recurso para o juiz, e não o primeiro, basear a sua convicção na verdade da afirmação por não ter sido contestada.

Pelo fato de não se haver posto no art. 302 o que estava no texto do Código anterior (art. 209: “se o contrário não resultar do conjunto das provas”), não se pode entender que o juiz não precisa examinar o processo. Trata-se de extinção do processo com julgamento do mérito (art. 269, 1 e II). Tem ele de verificar se não incide alguma das regras jurídicas de ressalva, constantes do art. 302, 1, II e III, ou, em caso de revelia, as do art. 320, 1, Ile III).

O despeito da intenção poliica do legislador, de introduzir o princípio inquisitivo no processo brasileiro, na primeira regra jurídica sobre provas em que o poderia alojar, cortando a influência do princípio dispositivo, logo reafirmou a esse com o art. 333. O juiz deve ter como verdade o que não foi controvertido. É o princípio da verdade (formal) que constitui consequência imediata do princípio dispositivo. E verdade que o atenuou com a condicional “se o contrário não resultar do conjunto das provas”. Mas ainda esse se subsume no Quod non est in actis (partium) non est in mundo elemento do princípio dispositivo. Deu dois passos, e voltou um.

1

DA RESPOSTA DO REU

O juiz não pode aplicar o art. 333 sem apreciar, previamente, o conjunto das provas: porque, se, examinando esse conjunto, encontra base para afirmação contrária ao alegado, falta um dos elementos do suporte fáctico do art. 333, que é o não resultar o contrario do conjunto das provas. Daí termos de interpretar o art. 301 sem darmos exagerada valia à reiterada referência. Cumpre lembrarmos antigos julgados (2~ Turma do Supremo Tribunal Federal, 29 de julho de 1947, D. da J., de 22 de fevereiro de 1949, 765. “O limite posto à liberdade do juiz pelos fatos não contestados subordina-se à apreciação do conjunto das provas. Se o resultado dessa apreciação se opuser àqueles fatos, desaparece a presunção de que sejam verídicos”; 2a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Pará, 20 de abril de 1951, J. do 1’. de J. do Pará, 1951, 63).

As alegações das partes, a que se refere o art. 333, são alegações sobre a matéria de fato: não se pode invocar o art. 333, em questiones iuris; e o silêncio de qualquer das partes é sem consequências (sob o Código de 1939, 2~ Turma do Supremo Tribunal Federal, 21 de janeiro de 1947, A. J., 81,339); lura novit curia. No mesmo sentido, a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará, a 18 de setembro de 1952 (J. e D., VIII, 246).

A prescrição tem de ser alegada na contestação. Em direito material diz-se que a prescrição pode ser alegada, em qualquer instância, pela parte a quem aproveita. Essa regra jurídica exprime que não há óbice de direito material a que se alegue a prescrição na segunda instância, ou depois; porém de modo nenhum se há de ler como regra de direito processual que permitisse alegação fora do tempo para ser alegada. Há, aqui e ali, julgados errados, como o da 2a Turma do Supremo Tribunal Federal, a 16 de dezembro de 1947 (D. da J. de 12 de outubro de 1949, 3283), que deixou de aplicar a regra jurídica processual, porque tal regra jurídica “não pode inutiliza?’ (?!) a regra jurídica que permite a alegação da prescrição em qualquer fase do processo (cf. Tratado de Direito Privado, VI, §§ 690, 5, 691, 2 e 692, 2).

Art. 301. Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar ‘): 1 inexistência ou nulidade da citação 2);

II incompetência absoluta;

111 inépcia da petição inicial 3);

IV perempção ‘);

V litispendência 5);

Vi coisa julgada 6);

VII conexão 7);

125

(ART. 301)

VIII incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização

8);

IX compromisso arbitral 9);

X carência de ação 10>

XI falta de caução ou de outra prestação, que a lei exige como preliminar “).

~ JO Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada 12); s~ 20 Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

~ 30 Há litispendência, quando se repete ação, que está em curso; há coisa julgada~ quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso.

§ 40 Com exceção do compromisso arbitral, o juiz conhecerá de ofício da matéria enumerada neste artigo ~

1.Ordem das matérias da contestação Fez bem o Código de Processo Civil, art. 301, em enumerar os pontos que teriam de ser alegados na contestação. Começou pelos assuntos de inexistência e de invalidade (art. 301, 1-111).

Passou a tratar de ineficácia, parcial (IV e VII), ou total (VI), da insuficiência subjetiva (VIII), de compromisso arbitral, que afastaria a relação jurídica processual (IX), falta de acionabilidade (X) ou de cauçao ou outra prestação, que legalmente seja exigida como preliminar na propositura da ação (XI).

A angularidade da relação jurídica processual faz necessária a bilateralidade de alegações: as da petição inicial e as da contestação. Quanto àreconvenção, dentro dela há o mesmo, porém foi mudada a ordem subjetiva: quem é o autor, na ação proposta, passa a ser réu, porque o réu, se fez autor. Há duas ações, necessariamente fundadas em diferentes pedidos, posto que conexa à ação principal a de reconvenção.70 Uma das particularidades está em que o réu, que fora citado na ação principal, passa a ser autor e o réu da reconvenção apenas é intimado. O réu, que na outra ação, era autor, contesta.

A contestação é dirigida ao juízo da causa. Se o réu acrescenta ao que alegou o pedido de condenação do autor nas custas e nos honorários advocatícios, na hipótese de perder o pleito, apenas se refere ao dever do juiz, qualquer que seja a sentença. Tem o contestante de especificar os meios 70 Vd., porém, a nota 68.

de prova com que pretende demonstrar a razão para sua atitude. No caso especial de ação de invalidade e substituição de titulo ao portador, a contestação só é de admitir-se se acompanhada do título reclamado (art.

910).

Na contestação, o Código de 1973 exige que antes de se discutir o mérito, nas alegações se cogite das matérias do art. 301. Assim, na contestação, dilata-se o seu conceito, para que, antes do mérito, se trate de assuntos processuais. Assim, vêm de começo a alegação de inexistência ou nulidade da citação (art. 301, 1), de incompetência absoluta do juiz (artigo 301, II), litispendência (art. 301, V), inépcia da petição inicial (art.

301,111), conexão (art. 301, VII), incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização (art.

301, VIII), coisa julgada (art. 301, VI), compromisso arbitral (art. 301, IX), perempçáo (art. 301, IV), carência de ação (art. 301, X), falta de caução ou de outra prestação, que a lei exige como preliminar (art. 301, XI).

De todas essas matérias o juiz pode conhecer de oficio, exceto se é de compromisso arbitral.

2. Alegação de inexistência ou nulidade da citação Já falamos da diferença entre a inexistência e a nulidade da citação. Se não existiu citação, é óbvia a alegabilidade em primeiro lugar, tal se foi citado B, em vez de A, por parecença de nome, ou pelo fato de ser o mesmo apartamento do edifício residencial ou do hotel, ou mesmo por ter entendido o oficial de justiça que A era a pessoa que ele não encontrara e foi a pessoa mostrada por alguém como convidada de uma festa, ou freguês de um restaurante. Não houve citação, mesmo se o citado evitou que houvesse discussão a respeito. As citações que foram feitas sem observância das regras jurídicas a elas referentes (art. 247), nulidades, essas, cominadas, cuja decretação somente pode pedir a parte-ré (art. 243). O

art. 244 não é invocável. A comparência do citado, sem alegação, suscita a preclusão (art. 245).

Surge problema assaz delicado. Se alguém foi citado teria sido B, em vez de A, mas A comparece e nada argúi, j,trata-se tal caso, que é de inexistência da citação, como se trataria se fosse de nulidade da citação? <A resposta tem de ser afirmativa, com invocação, por analogia, do art. 254?

Não. Citação não houve, porque foi citado quem não teria de ser citado. O art. 214, § 10, é que é invocável.

Houve falta de citação e o comparecimento de quem não foi citado supre a falta. Não houve nulidade, porque citar B em vez de A não é citar nulamente, é não-citar. A citação de A não existiu. E, se B comparece para dizer que o oficial de justiça errou quanto à pessoa que teria de ser citada, não é nulidade de citação que B alega, mas sim não existir a própria citação que lhe foi feita. O elemento da pessoa do citando é elemento para a existência da citação, e não para a sua validade.

Há comentadores que confundem convalescença, que supõem passar a valer, com o suprimento, que é pôr algo no lugar em que faltou. Se o réu não foi citado, a despeito do despacho favorável da petição inicial, mas espontaneamente comparece, o comparecimento supre a falta da citação (artigo 214). ~‘ Se comparece, tendo sido nulamente citado, não há suprimento, mas sim

convalidação. Antes de discutir o mérito tem o réu de alegar, na contestação, a nulidade ou inexistência da citação (art. 301, 1). Assim, se não houve citação, ou o réu comparece para alegar que não houve a citação (art. 301, 1), ou comparece, espontaneamente, suprida está a falta da citação (art. 214, § 1.0).

3. Inexistência ou nulidade da citação, incompetência absoluta e inépcia da petição inicial Já dissemos o que pode ocorrer sobre inexistência e nulidade da citação. O que pode afastar a angularidade da relação jurídica processual é a não-comparência em caso de nulidade, com a alegação.

Se a incompetência do juiz á absoluta, cabe-lhe decretar de oficio a nulidade do despacho inicial e da citaçâo~

nada feito. Dá-se o mesmo com a inépcia da petição inicial, pois devia o juiz ter examinado o conteúdo e indeferido qualquer ponto do pedido.

As exceções têm de ser oferecidas no prazo de quinze dias, contado do fato que ocasionou a incompetência, o impedimento ou a suspeição (art. 305). A incompetência absoluta não é sujeita a tal regra jurídica. Tem de ser na contestação, antes de se discutir o mérito. Nem a conexão, nem a continência, nem convenção das partes afasta a competência absoluta (arts. 102 e 111). Se a competência é em razão da matéria, ou da hierarquia, absoluta é.

4. Perempçâo A pereínpçáo pode ser da instância (antes chamada absolvição da instância; hoje, extinção do processo), ou da ação, o que retira ao autor o direito de intentar nova ação. O direito morre (art. 268, parâgralb único).

Quanto à perernpçáo, há o art. 267, V, que tinha de influir na enumeração do art. 301, IV, onde se diz que o processo se extingue, sem julgamento do mérito, quando o juiz acolher a alegação de perempçáo. Fora das espécies

do art. 267, V, pode o autor propor de novo a ação (art. 268), mas, se o autor der causa, por três vezes, à extinção do processo com fundamento no art. 267, III, não poderá intentar nova ação contra o réu com o mesmo objeto, ficando-lhe ressalvada, entretanto, a possibilidade de alegar em defesa o seu direito (art. 268, parágrafo único). A hipótese do art. 267, III, é a de o autor abandonar a causa por mais de trinta dias, quando lhe competia promover algum ato ou diligência no processo.

A perempçáo resulta das três extinções pelo fato de se repetirem as faltas. Com o trânsito em julgado da terceira decisão, alcançado foi o termo peremptório. Cf. Tomo III, sob o art. 268, nota 7.

5. Litispendência Há litispendência quando está em curso ação cuja sentença teria de examinar e decidir quanto às mesmas quaestionesfacti e às mesmas quaestiones iuris. A reprodução há de ser com as mesmas partes, porém sem que se exija que o autor de uma seja o autor da outra, e que o réu seja o mesmo réu da outra. Se A propôs contra B ação declaratória positiva e B já havia proposto ação declaratória negativa, tem-se aí um dos exemplos da litispendência em que as partes não se acham na mesma posição nas duas ações. Outrossim, pode acontecer que os autores sejam A e C e réu B (ou mesmo réus B e C) e na nova ação a autora seja uma só pessoa (A ou C) ou ré uma só pessoa (B ou D), ou ainda autor seja B e ré A. Aí, as partes são as mesmas. No art. 301, §

1.0, diz-se que se verifica a litispendência quando se reproduz ação anteriormente ajuizada; e o 2.0 tentou maior explicitude: para ser idêntica a outra ação, há de ser entre as mesmas partes, ter a mesma causa de pedir e ter sido o mesmo pedido.

A alegação de litispendência está ligada ao princípio de que não deve haver duas demandas sobre o mesmo objeto, entre as mesmas pessoas. Esse princípio, porque existe, dificulta que duas demandas ou mais se estabeleçam, com o risco final da contradição das sentenças: se não se operasse essa inibição da dupla relação jurídica processual, poderia haver duas sentenças igualmente válidas. Daí os dois tempos a que correspondem a exceção de litispendência e a exceção de coisa julgada. A litispendência supõe a angularidade da relação jurídica, deriva da citação; a exceção de litispendência é efeito negativo da litispendência de outra demanda.

Porque A foi citado e se estabeleceu a litispendência, A pode alegá-la alhures, para se afastar a outra litispendência. Ambas, a exceção de litispendência e a de coisa julgada, supõem processo; a de coisa julgada, que se tenha ultimado, com a sentença trânsita em julgado.

É inconfundível com a declinatória do foro pela conexão a exceção de litispendência. Aquela se subsume na exceção de incompetência. Enquanto

a de litispendência obsta a que se processe e se julgue, mais de uma vez, o mesmo dissídio, a declinatória de foro pela conexão supõe a perda da competência de um juiz pela aquisição da competência por outro. Sobre a exceção à litispendência, art. 301, V.

A alegação de litispendência tampouco se confundida com a de prevenção. A exceção declinatófla, por estar preventa, alhures, a competência, supóe que o outro juiz se tenha firmado antes pela formação da relação jurídica processual e, em virtude da impossibilidade de duas relações processuais idênticas, ou semelhantes, ou conexas, princípio que também atua, em parte, na exceção de litispendência e de coisa julgada, se exclui um dos que eram competentes. A exceção declinatória por prevenção alhures não é exceção da incompetência, é exceção de incognoscibilidade (incapacidade in concreto), que deixa subsistir a competência in abstracto, tanto que, nulo, por exemplo, o processo do juízo prevento, o do outro prossegue. Também não se confunde com a litispendência a declinatória do foro por prorrogação alhures. A exceção de litispendência só concerne àeficácia.

Tem-se procurado estender à litispendência o que se passa (art. 113, §1 •O) quanto à exceção de incompetência.

Sem razão. Para a litispendência também não há a mesma ratio que existe para a coisajulgada, que pode advir após a contestação, isto é, pode dar-se que passe em coisa julgada a decisão de outro processo, que atue, materialmente, na res deducta. Por exemplo:

B, réu, não sabia que passara em julgado sentença contra A, autor. Se há duas lides pendentes e o réu não opõe, no prazo, a exceção, expõe-se a que se profira a sentença naquela e não nessa, ou nessa e não naquela, produzindo coisa julgada. Duas litispendências não têm o mesmo inconveniente que duas coisas julgadas, discrepantes entre si. Tem-se de respeitar, por analogia, o art. 305 e afastar que se possa, fora do prazo, opor exceção de litispendência (sem razão a 1? Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, a 19 de fevereiro de 1947, Paraná J., 45, 320; a 27 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 9 de setembro de 1948, R.

dos T., 178, 320).

Se a decisão repele ou deixa de conhecer da alegação de litispendência.

o recurso, que cabe, é o de agravo de instrumento, com aplicabilidade do art. 522, § 1 ,o72 (cf. antes, Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São

72Pela referencia ao § 10. hoje ab-rogado pelo art. í~ da Lei n0 9.139, de 30.11.95, quis o autor significar que a decisgo comporta agravo, de instrumento, ou retido (este, outra coisa n5o é que o seiscentista agravo no auto do processo>, ambos previstos no caput do ars. 522, na redaç5o do art. l~ daquela lei.

Paulo, 22 de julho de 1946, R. dos T., 111,459; 2~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 26 de junho de 1950, R. F., 146, 338). Se a acolhe, o recurso é o de apelação (arts. 513 e 504).

São de repelir-se julgados que consideram a decisão sobre litispendência incluída na classe das decisões sobre competência (e. g., 1a Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2 de abril de 1951, R. F., 140, 320), salvo se ocorre o que se prevê no art. 303, 1.

Para que a relação jurídica processual persista é de mister que não haja coisa julgada, nem litispendência. Para a litispendência faz-se preciso ter havido citação válida (artigo 219), portanto a angularidade. A que vem após, noutro processo, é ação pendente a lide. Na litispendência e na coisa julgada, há o elemento essencial de serem idênticas as ações (no sentido de direito material). Não se diga que se trata de identidade de “ações” (no sentido de direito material), porque produz litispendência para a ação de procedimento executivo a de procedimento de cognição, se, por exemplo, se trata do mesmo titulo de crédito.73

Por outro lado, se A, B e C são titulares da ação a e A, distintamente, propõe a ação, não fica na mesma situação B ou C, se, após aquela, intentam as suas. Se o credor é um só, mas três os devedores, sem se tratar de assunto para litisconsórcio necessário, nada obsta a que o credor intente três ações, Aliter, se os três devedores são herdeiros de quem era o devedor. Não há litispendência em caso de um dos credores ou um dos devedores ser substituto processual numa causa e não na outra.

Se o devedor propôs ação declaratória negativa, o credor não está privado de

intentar a ação de condenação. O

que se impõe, aí, é a conexão (art. 103). Proposta a ação de condenação, não pode o devedor intentar a ação declaratória porque ojuiz daquela tem, na sentença, de decidir primeiro quanto à existência da dívida e depois condenar.74

73Vd. as notas 45 e 46. Se se propôs ação executiva de título de crédito extrajudicial e, pendente ela, se ajuizou a incabível ação cognitiva de cobrança desse título, a alegação será de carência desta última pela falta de interesse processual. Substirá a executiva, ainda que proposta posteriormente, devendo ambos os processos se reunirem pela manifesta conexão por identidade do objeto (arts. 103 e 105).

74Não parece justificável o ensinamento do texto. Cabe a ação declaratória, autônoma ou incidental, inclusive reconvencional, para a declaração de inexistência da relação jurídica pressuposto da pretensão condenatória (arts. 50, 315, 325, 470). O pronunciamento incidental afirmativo da existência da dívida, que precede o do pedido de condenação, não faz coisa julgada (art. 469, III), a menos que o autor baja cumulado ao pedido condenatório o declaratório da existência da relação jurídica deque exsurge a dívida. No parágrafo seguinte, o comentarista explicita, de certo modo, o que nesta nota fica dito.

Quanto à ação condenatória e a de declaração, naquela já está implícito o pedido de declaração, e o autor pode pedir que se profira declaração incidente (arts. 325 e 50)• Pergunta-se: se já foi proposta pelo credor a ação declaratófia, ~,há litispendência para a ação condenatória? Não; há conexão: existe plus na ação de condenação, e não se vedaria a própria declaração incidente, como se a declaratória não tivesse sido proposta.

Para que se dê a infração da litispendência é preciso que haja identidade entre as pretensões dos dois processos (Friedrich Lent, Die GesetzeskonkurrenZ, II, III), de modo que possa ocorrer contradição entre duas sentenças que se houverem de proferir.

6. Coisa julgada Se já transitou em julgado a sentença de ação idêntica, a da que depois se propôs, ou mesmo estava em andamento antes da sentença da outra, ofenderia a coisa julgada, e desde logo se há de alegar para que tal não aconteça. O que importa é que não se reproduza ação anteriormente ajuizada (art. 301, §

1<’); mas, se corriam duas ações, sem se ter argUido a litispendência, e foi proferida e trânsita em julgado a sentença da outra que foi proposta, a exceção de coisa julgada é operável a qualquer tempo antes que se dê a sentença na outra ação. Se não se tomou providência, hão trânsito em julgado, o caminho único para se ir contra a última sentença é a propositura da ação rescisória (art. 485, IV).

A alegação de coisa julgada supóe processo, como as outras de que falamos; apenas supõe que outro processo acabou e houve o trânsito em julgado. Dela cogita o art. 301, VI. Enquanto a de litispendência evita que se duplique, inutilmente e com inconvenientes graves de discrepância eventual dos julgados, a atividade pública, a de coisa julgada saneia esse passado em que o princípio da unicidade da relação jurídica processual foi violado.

O que há de comum entre elas é a identificação das ações para se excluir a pluralidade de relações jurídicas processuais. A alegação de coisa julgada é levantável de ofício, de modo que não há, a respeito dela, preclusão, a despeito de o art. 305 a ela não se referir (essa explicação de principio geral de direito processual, extraído da rerum na fura da coisa julgada, teve de admiti-la a 2~ Turma do Supremo Tribunal Federal, a 21 de outubro de 1941,R. F., 91,124. Com todaarazáo).

A alegação de coisa julgada produz-se a favor de qualquer das partes, quer vencedora, quer vencida; e não só a favor de quem vencer, ou não. Res iudicata inter partes et non secundum eventum litis. O vencido pode opô-la.

A natureza pública, política, do instituto, tal como o conceberam os Romanos, mestres em princípios de segurança extrínseca, ressalta nesse pormenor. As partes, nos futuros processos, e com elas os juizes estão ligados à

coisa julgada. A evolução histórica pôs em relevo, desenvolveu, fez preponderar, por fim, ao lado da negatividade da exceptio rei iudicatae, a função positiva, que é a de obrigar o juiz a reconhecer o julgado em suas conclusões sobre o objeto da demanda. Daí, à medida que se desbotou a concepção privatistica do processo, ter-se firmado que o juiz lia de respeitar, de ofício, a coisa julgada. O juiz é um dos pólos da relação jurídica processual: se as partes são obrigadas à res iudicata, é por intermédio do Estado que o são; o inter partes apenas significava contraposição a erga omnes; e a concepção de força material de coisa julgada

que se restringia à exceção, incompleta explicitação do instituto. No Código de Processo Civil de 1973 já diz que o juiz pode atender à coisajulgada, de ofício; e tal atitude resultaria do próprio sistema do Código, incluido o enfático

"força de lei" do art. 468.

A coisa julgada tem de ser oposta na contestação ou depois (arts. 303, II, e 301 § 40): a) uns a admitem na contestação, ou na resposta do autor, na espécie dos arts. 327 e 301, VI, ou na impugnação da contestação (art.

327); b) outros, a qualquer tempo, antes da sentença final, pois que pode ser oposta de ofício (3~ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 8 de agosto de 1946, R. dos T., 165, 282), havendo ainda os que lêem o art. 128 como se preexcluísse a alegabilidade fora do prazo e a declaração de ofício. A verdadeira opinião é b), que sempre sustentamos. A opinião a), intermédia e sem base, porque a exceção de coisa julgada é processual, foi adotada, esporadicamente, pela 2a Turma do Supremo Tribunal Federal, a 13 de agosto de 1946 (A. J., 80, 113); a opinião b) acabou por ser seguida:

pela2a Turma, a 22 de abril de 1947(0 D., 51, 255; R. E'., 121, 459), a 13 de junho de 1947 (R. F., 116, 97), a 11 de julho de 1947 (R. dos T., 181, 926), a 10 de agosto de 1948 (R. E'., 120, 111), e a 18 de outubro de 1949

(R. E'., 129, 111); pela 2~ Turma do Tribunal Federal de Recursos, a 7 de junho de 1950 (134, 447); pela 6~

Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, aS de junho de 1951 (D. da J. de 13 de agosto de 1952, 3810); pela Turma Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso, a 22 de fevereiro de 1952; pelas Câmaras Civis Conjuntas do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 5 de março de 1951 (R. dos T., 192, 336); pela 45 Câmara Civil, a 14 de fevereiro de 1952 (200, 348), e pela 35 Câmara Civil, a 23 de maio de 1952 (202, 306).

Se o réu opõe a coisa julgada na contestação, pode ser acolhida ou repelida a alegação. Pode ser declarado de ofício.

Salvo se não triunfa alguma preliminar contra a formação da relação jurídica processual, o procedimento leva à litispendência, com o estabelecimento da

relação jurídica angular (autor, Estado; Estado, réu). Aquelas preliminares~ digamo-lo em terminologiadehoje, eram, em direito romano, principalmente~ a denegação da ação a confessio in iure e o iusiurandum in iure delatum. Hoje, a confissão deslocou-se, só se apreciando pendente a lide, na fase da prova ou antes da sentença, e apenas nas citações para pagar ou sofrer a execução é que a relação jurídica pode ser atingida ao começar. Rigorosamente, já iniciada a lide, por ter-se dado a deslocação do momento inicial da formação da relação jurídica processual. A função do juiz não é mais a do juiz romano, a do Pretor, tendo desaparecido o edere iudicium e o accipere iudicium do formalismo romano. A litis contestatio, e não a citação, criava a relação jurídica processual, com a máxima Eadem re ne bis sit actio ou Ne bis in idem, com a eficácia consumptiva e a excludente, ipso iure, exceto nas obrigações reais e nas in factum quando era preciso exercer-se a exceptio rei in iudicium deductae. Firme a sentença, por se ter dado a consumpção, ipso iure, ou por se não ter oposto a exceptio rei iudicium deductae, cabia a exceptio rei iudicatae, para impedir que se incoasse outro processo. A função das duas exceções deu a exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae.

O Estado passa a ter função mais relevante do que a que tinha no direito romano, se bem que posteriormente se houvesse atribuído ao juiz conhecer, de oficio, da coisa julgada. Quanto à litispendência, fez-se alegável não só ope exceptionis, e a própria decisão sobre res iudicata, de ofício, não se pode elevar à categoria de eficácia ipso iure.

Chama-se função negativa da coisa julgada a que a sentença exerce para excluir a renovação da lide: Bis de eadem re ne sit actio. Chama-se função positiva a que tem a sentença quando impõe, noutra relação jurídica processual, o seu conteúdo, ou parte dele. As expressões vêm de F. L. von Keller (Uber Litis Contestation und Urteil, 223). Ali, há só a consumptio; aqui a afirmação de estado jurídico estabelecido e eficaz. E. 1. Bekker (Die prozessualische Consumtion, 40) sustentou que, no direito romano, a função negativa era a única; mas F.

L. von Keller entendia, com razão, que a exceptio rei iudicatae tinha as duas funções (cf. Leopold Wenger, Abriss des romischen Zivilprozessrechts, 3~ ed., §§ 13 e 15).

Quem tem sentença declarativa, ou outra, em que haja carga relevante de

declaratividade, tem algo a mais, em relação ao crédito que tinha, ou outro direito que se declarou: tem-se crédito declarado, ou direito declara-75

do. Não mais precisa de que o juiz o declare. Pode contrapor ao que se 75A sentença meramente declaratóna da existência de crédito não é título executivo judicial, conforme o ars.

584, que não a inclui nessa categoria em nenbum dos seus incisos.

(ART. 301)

apresenta em juízo a sentença que lhe foi favorável. Não se pode negar a existência do plus, tanto mais quanto o autor da ação declaratória negativa, vencendo, tem esse elemento declaratório sem que se refira a direito, sem serplus. Dá-se o mesmo, a respeito do réu, se ocorrera sentença absolutória: ainda que tivesse existido o direito, a pretensão ou a ação do autor, há algo novo, negativo, que se impõe. As sentenças absolutórias são declaratórias negativas.

A exceção rei iudicatae é exceção. Portanto: não exclui, não elimina; apenas encobre, pela contingência de se ter de respeitar o julgado, a eficácia do direito, pretensão ou ação, se aquele existia, ou se a pretensão existia, ou só se existia a ação. A exceção de prescrição também não elimina a pretensão: se ela existia, encoberta fica-lhe a eficácia (se perdura obligatio naturalis, tendo havido decisão injusta, é questão que aqui não nos interessa (cf.

Tratado de Direito Privado, Tomo VI, §§ 640, 2, 646 e 719).

Se alguém propôs ação, que poderia fundar-se na regra jurídica a ou na regra jurídica b, não se pré-exclui a exceção de coisa julgada se a ação é a mesma. O juiz tinha de conhecer a regra jurídica b (fura novit curia!), ainda que não a houvesse invocado o autor. Diga-se o mesmo quando a sentença foi favorável ao réu. Não assim se a decisão tinha diante de si duas ou mais ações distintas (= duas ou mais ações que têm diferentes fundamentes, de modo que a sorte de uma seja diferente da sorte da outra ou das outras). O fundamento pode ser o mesmo, porém distintas, na eficácia das ações, as regras jurídicas (portanto, as ações); e. g., se o autor perdeu a demanda, quanto à ação redibitória, não fica incólume à exceção de coisa julgada, na ação de abatimento do preço pelo mesmo vício (L. 25, § 1, D., de exceptione rei iudicatae, 44, 2).

Tratando-se de exceção que tenha de ser apresentada (= oposta), não pode o juiz, a pretexto do princípio lura novit curia, julgá-la. Tal principio pode ser invocado se, por exemplo, foi oposta a exceção, sem se ter referido à lei que a dá.

Cabia agravo de instrumento da decisão que acolhia a exceção de coisa julgada (4B Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 19 de julho de 1946, A. J., 79, 369; ia Câmara Civil do Tribunal de Justiça de SãoPaulo, 13 demaiode 1947,R dos T 168, 158 RE' 1 14 153 20Grupo de Câmaras Civis, 20 de abril de 1950, 186, 680; então, sem razão, crendo caber apelação, o 20 Grupo, a 3 de maio de 1951, 193, 186 e as Câmaras Civis Reunidas, a 17 de dezembro de 1951, 200, 470). Hoje, o recurso é de apelação.

Da decisão que julga não haver coisa julgada, ou que por algum motivo não acolhe a alegação, cabe agravo de instrumento, com aplicabilidade do art. 522, § 10.76

Reformada a sentença que acolhera a alegação de coisa julgada, baixam os autos para que se prossiga e se julgue o pedido (Tribunal Superior do Trabalho, 14 de novembro de 1951), inclusive se foi na sentença que teria de o julgar.

(A 3S Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 20 de dezembro de 1951, R. dos T., 199, 401, entendia que o recurso devia ser o de apelação, se foi acolhida a "preliminar" de coisa julgada. Porém isso era insustentável: tal preliminar é estranha ao mérito, porque a exceção de coisa julgada é exceção processual; e, ainda alegada na contestação, ou julgada de offcio, não deixaria de ser exceção. No Código de 1973, a coisa julgada, apesar de ser exceptio, foi posta nas alegações do contestante (art. 301, VI) e, uma vez acolhida, extingue-se o processo sem julgamento do mérito (art. 267, V, infine), e cabe apelação (art. 513). Se foi negada a eficácia de coisa julgada, sem ser na sentença, há agravo de instrumento.77 Os arts. 522-529 é que regem, hoje, a espécie, fora de toda a dúvida).

Oposta pouco antes da sentença final, é de esperar-se que nele o juiz a julgue. Todavia, pode dar-se que lhe faltem elementos necessários para o acolhimento e os tenha de aguardar (l~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 13 de maio de 1947, R. dos T., 168, 158; R. E'., 114,153).

7. Conexão Já falamos da conexão, a respeito da eficácia modificativa da

competência e aludimos ao conceito de ações conexas que está no art. 103. Mas há outra causa de modificação da competência, de que trataram os arts. 102, 104 e 105, a que devia ter-se referido o art. 301 e não se referiu: a continência. A alegabilidade pelo demandado, na contestação, tinha de ser assunto do art. 301, que foi além disso, pois exigiu que antes de discutir o mérito o contestante cogitasse das matérias enumeradas, entre as quais está a conexão. Ao juiz, se tal menção não foi feita na contestação, cabe conhecer de ofício tal elemento modificativo da competência (cf. art. 301, § 40)

A alegação de conexão é preliminar processual, que apenas visa levar-se o processo para certo juízo, ou a ligação com outro processo para simultânea instrução e julgamento. Há a reunião dos processos (art. 105), se as ações foram propostas no mesmo juízo. Se em diferentes juízos, e não 76Agravo de instrumento, ou retido, previstos ambos no captd do arr. 522 com a redação do art. 1”da Lei n0

9.139, de 30.11.95.77X’d. a nota 76.

(ART. 301)137

se trata de competência absoluta, há a remessa dos autos do processo em que se arguiu a conexão para o outro, se houve a prevenção (art. í06),~~ ou, sendo prevento o juiz em que se alegou a conexão, há vocação do processo do outro juízo.

8. Incapacidade da parte e falta ou defeito de representação legal ou negocial Se o autor é incapaz, ou era incapaz, no momento da propositura da ação, para apresentar a petição inicial ou promover a citação, tem o contestaste de alegar o que se passou, para que o juiz conheça da matéria. Aliás, pode ele mesmo de oficio dela conhecer, tal como acontece nos demais casos, exceto se a arguição é de existir compromisso arbitral. Dá-se o mesmo se não houve representação do incapaz, ou a necessária assistência (falta que pode de imediato ser suprida), ou não há procuração ou procuração bastante. Sobre o assunto arts. 36-40.

“Incapacidade da parte” não é o mesmo que incapacidade de quem se diz titular do direito, pretensão e ação, nem ilegitimidade ativa, que também é de direito material. Na espécie do ad. 301, VIII, há pressuposto processual subjetivo.

9. Compromisso arbitral Sobre o juízo arbitral, arts. 1.072-1.102. As pessoas com capacidade para contratar podem comprometer-se a juízo arbitral (art. 1.072). Se tal documento escrito existe, tem o contestante de a ele referir-se na sua defesa, antes de versar assunto de mérito, quer se trate de compromisso judicial, quer de compromisso extrajudicial. Aliás, o autor pode advertir que o compromisso se extinguira (art. 1.077), ou que faltou alguma das formalidades legais (ad. 1.073), ou que foi nulamente feito (art. 1.074). O juiz não pode de ofício apreciar a falta de alegação (art.

301, § 40)

As pessoas com capacidade para contratar podem assumir o compromisso arbitral (art. 1.072), de modo que se retira pretensão à tutela jurídica, por se poder a respeito transigir. Acontece algo que é mais do que seria a eficácia da litispendência, posto que menos do que a eficácia da coisa julgada.

Quem alega existir o compromisso arbitral é o réu. A despeito do que contrataram, o autor propôs a ação. Se o réu não alega o que podia alegar, temos de entender que autor e réu desfizeram o que haviam acertado. Não 78Invocando apenas o art. 106, o texto se refere à prevenção de juizes com a mesma competência territorial.

Não tendo a mesma competência territorial, a prevenção se dá pela citação (art. 219, capta).

se fala de renúncia do réu, porque, em verdade, o réu concordou como autor: há novo negócio jurídico bilateral.

10. Inacionabilidade A “carência da ação”, a que se refere o ad.

301, X, é a falta da ação de direito processual ou a falta de ação de direito material que leva à inacionabilidade processual. Se o contestante entende que o rito não poderia ser sumário, ou especial, tem de alegá-lo. Se, por exemplo, a pessoa que pede a investigação de paternidade é filho de pessoas casadas que constam do registro do nascimento do proponente da ação e o fito é atribuir a outrem a paternidade, há de alegá-lo o contestante.

Mesmo se o autor diz que tem algum direito, pretensão ou ação de direito

material e não o tem, está a exercer a pretensão a tutela jurídica. O Estado promete a aplicação da lei e a não-aplicação, por ser justo o “sim” ou o

“não”. É de repelir-se, portanto, o que alguns juristas sustentam por lhes parecer que é sem fundamento de mérito (direito material) a ação declaratória negativa. Tanto ofende o direito material quem o nega como quem afirma ter direito, pretensão e ação e não tem. Por isso, tanto tem direito à tutela jurídica, o autor como o réu: um pode afirmar e negar, o outro negar e afirmar. Quando alguém propõe ação declaratória, positiva ou negativa, põe-se na intenção de afirmar ou negar; e o réu, na de negar ou afirmar.

O juiz indefere a petição inicial quando a parte é manifestamente ilegítima, ou ao autor falta interesse processual, ou o pedido é juridicamente impossível (ad. 295). A primeira e a terceira hipótese vão ao fundo, ao pedido, ao direito material. Quando se fala de carência de ação, não: fica-se no plano do direito processual, posto que, quando se decide, haja ilegitimidade manifesta da parte, ou, quando se diz que há impossibilidade jurídica, já se corta o caminho para qualquer “ação”, no sentido do direito processual.

A respeito do ad. 301, VIII, cumpre atender-se a que, a despeito de só se falar de incapacidade da parte, de defeito de representação, ou de falta de autorização, temos de considerar contéudo da regra jurídica tudo que, no plano do direito material, ou do direito processual, afasta a legitimação subjetiva ativa. Se, por exemplo, se trata de pessoa jurídica, só o seu órgáo pode presentá-la, ou representá-la outra pessoa, se foram conferidos poderes de atuar em juízo, ou de escolher advogado, que funcione em juízo. O direito constitucional pode negar legitimidade de parte a alguma pessoa jurídica estrangeira, ou nacional. Também pode a ilegitimidade resultar de aplicação de alguma pena.

Assim, sempre que, independente de apreciação do mérito, falta subjetiva pode dar ensejo a incapacidade, defeito de presentação, ou de representação, ou mesmo de exercício da advocacia, pode-se e tem-se de alegar qualquer causa de incapacidade pré-processual, de direito material ou processual.

A exceção de ilegitimidade da parte (art. 301, VIII) é oponível na contestação, como defesa, e nada obsta a que o seja na reconvenção. Decide-a o juiz no despacho previsto no art. 328.~~ Bem assim, a de ilegiima representação legal ou a pessoa que deveria assistir o incapaz. E a de ilegitimidade da inserção

subjetiva do réu (e. g., falta de assentimento ou outorga da mulher ou do marido). Sempre que se trata de ilegitimidade para estar em juízo, ad processum, é exceção, posto que metida na defesa. A ilegitimidade do procurador também se há de opor na defesa, e não por via exceptiva. A ela por igual se aplicam os arts. 327 e 328.

Outras exceções há que se incluem na defesa, posto que processuaís: a de compromisso arbitral e a de omissão de determinada prestação por parte do autor (caução, fiança etc.). A cautio pro expensis do art. 67 é exceção.

A ilegitimidade pela falta ou insuficiência da capacidade processual éalegável a qualquer tempo, com suspensão do processo para que se integrem as representações. A requerimento de alguma das partes ou de ofício (art. 13).

A exceção de compromisso arbitral é indecretável de ofício (art. 301, § 40) O Conselho de Justiça do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 21 de outubro de 1941 (R. F., 91, 124), levantou a questão de se saber se ao juiz é lícito declinar da competência depois do despacho saneador e respondeu negativamente. Raciocinemos: a) não se trata de exceção, mas de resolução judicial; b) se está em causa incompetência absoluta, claro que a qualquer tempo é alegável pela parte e decretável de ofício, e já aí é falso o enunciado do Conselho de Justiça; c) se não é de incompetência absoluta que se cogita, ou o tempo passou e se prorrogou a competência, ou foi apresentada exceção, o que fez pararem os autos de modo que, ali, jáo juiz não pode eliminar a prorrogação, e aqui ainda está antes da decisão, conforme os arts. 304-311; d) tanto no caso da incompetência absoluta quanto nos outros, o enunciado do Conselho de Justiça é falso. Melhor: a questão, que levantou, não existe, é sem sentido.

11.Prestação exigida para a propositura da ação A caução ou qualquer outra prestação, inclusive ato simplesmente exibitivo, que a lei

exija como preliminar, tem de ser feita. Se falta, na contestação tem de alegá-La o demandado. O juiz pode examinar, de ofício, a espécie.

No art. 835, relativo ao autor, nacional ou estrangeiro, que residir fora do Brasil, ou dele se ausentar na pendência da demanda, exige-se que preste caução nas ações que intentar (caução suficiente às custas e honorários do advogado da parte contrária), salvo se tem bens no Brasil que lhe assegurem o pagamento.

Quando, a requerimento do réu, o juiz declara extinto o processo sem julgar o mérito (art. 267, § 2’), não pode o autor intentar de novo a ação, sem pagar ou depositar, em cartório, as despesas e os honorários a que foi condenado (art. 28). Em princípio, não se há de pensar em caução com fundamento em direito material; mas pode acontecer que alguma regra jurídica exija a caução e isso se transfira ex lege, ao direito processual.

12.Reprodução de ações idênticas Já antes versamos o assunto que aparece no art. 301, § § 1”, 20 e 30 O

legislador apenas entendeu ser conveniente apontar os elementos comuns de litispendência e da coisa **1** julgada e os elementos diferenciais.

4

0 13. Pronunciamento de ofício Pode o juiz pronunciar-se, de ofício, sobre todos os óbices do art. 301, IX (compromisso arbitral). A falta de alegação não obsta ao prosseguimento do processo.

Oart. 301, § 4~', permite ao juiz conhecer, de oficio, de todas as matérias do art. 301, exceto em se tratando de compromisso arbitral (art. 301, IX). Note-se que tal poder tem o juiz mesmo se a espécie é a de nacional ou estrangeiro, de que trata o art. 835, o que não constava do direito anterior (Código de 1939. Art. 67).

Art. 302. Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados 1) na petição inicial.

Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo ~):

1se não for admissível, a seu respeito, a confissão;

II se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato;

111se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.

Parágrafo único. Esta regra, quanto ao ônus da impugnação especificada dos fatos, não se aplica ao advogado dativo, ao curador especial e ao órgão do Ministério Público).

1.“Quaestiones facti” Compreende-se que, diante da petição inicial, um de cujos pressupostos é a indicação dos fatos (e fundamentos

DA RESPOSTA DO RÉU

jurídicos do pedido), conforme está no art. 282, III, bem como a instrução com os documentos indispensáveis à propositura da ação (artigo 283), tinha o demandado de manifestar-se, precisamente, sobre os fatos narrados na petição. Se é admissível, na espécie ou no caso, a confissão do réu, se a lei não considera elemento essencial do ato o instrumento público e se a defesa, em seu conjunto,

não basta para se levar em consideração e o que expusera o autor na petição inicial, há presunção de que são verdadeiros os fatos alegados pelo autor.

A contestação há de conter a matéria da defesa. Se bem que o art. 300 se refira a toda a matéria, “expondo as razões de fato e de direito”, pode ser que o réu só se manifeste sobre um ou alguns dos pontos do pedido, ou algum ou alguns pedidos, ou mesmo que entregue a contestação, sem dela constar qualquer impugnação, a despeito de ter juntado provas documentais.

O art. 302 somente concerne à falta de impugnação pelo contestante. Nada tem com a atitude do revel. Dai serem diferentes o art. 302, que supõe a contestação, e os arts. 319 e 320. E termos de pôr em relevo as diferenças.

Se o réu deixou de impugnar um fato ou alguns fatos e há a presunção de verdade, cessou a controvérsia sobre o fato ou os fatos não-impugnados. O réu não pode requerer produção de provas a respeito. O autor, sim, se lhe parece necessária a produção de prova (cf. art. 330).

Se as presunções de veracidade dos fatos alegados pelo autor estariam em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto (art. 302, III), não se produz tal eficácia. O juiz somente recebe algo sobre o fato ou sobre os fatos se compatível com as consequências jurídicas apontadas pelo réu, em contraste com o que pretende o autor.

No art. 38 exige-se que da procuração, para o foro, o poder para confessar seja especial (cf. art. 349, parágrafo único). Pergunta-se: se houve a omissão do advogado na contestação, e não tinha ele o poder de confessar,

~,incide o art. 302, ia parte? a) Dois argumentos podem surgir para a resposta positiva: além de não se poder admitir o contrário pela falta de poder especial, o art. 302, parágrafo único, somente afasta a eficácia do art. 302

se quem contesta é o advogado dativo, o curador especial, ou o órgão do Ministério Público. b) Para a resposta negativa: no art. 302, 1, exige-se que possa haver confissão e o advogado, ex hypothesi, não tem poder especial.

Temos de sustentar: que o réu sofre com a omissão do advogado, quer tenha ele poder especial para confessar quer não o tenha, porque os dados para a ação

quem dá ao advogado é o réu; não se trata de confissão, mas de falta de alegação contrária ao que o autor tinha apontado como fato, ou como fatos; o art. 302, parágrafo único, somente exclui do ônus da impugnação o.

advogado dativo, o curador especial ou o órgão do Ministério Público. De lege ferenda, não somos contra o art.

302, parágrafo único, posto que, tratando-se de advogado dativo, de curador especial ou de órgáo do Ministério Público, haja o dever de se informar de todas as ocorrências.

2.Origem subjetiva da impugnação à exposição dos fatos pelo autor O demandado tem de atender ao que lhe exige o art. 302, mas pode ocorrer que o autor da contestação seja advogado dativo, ou curador especial ou órgáo do Ministério Público. Então, a lei afasta a presunção, porque pode não estar ou não ter estado em contacto suficiente com a parte contestante o advogado que lhe foi dado, ou o curador especial, ou o órgáo do Ministério Público. Surge um problema: i,como se há de entender o art. 302, parágrafo único, se o órgão do Ministério Público presenta entidade estatal?80 Aí, ele opera como parte e a presunção pode ocorrer.

3.Exceções à regra da veracidade presumida Os fatos narrados na petição inicial podem ser contestados pelo réu, ou não no serem. A manifestação do réu pode ser sobre o todo ou sobre alguns, como acontece se dois ou mais fatos são indispensáveis ao suporte fáctico da regra jurídica, que o autor invocou. Acontece, às vezes, que a admissão de algum ou de alguns fatos seja sem importância para a contestação: mesmo se tidos como verdadeiros não bastam para que se atenda ao pedido ou a algum dos pedidos do autor. O que o art. 302 exige é que o réu se manifeste “precisamente”. A precisão pode ser quanto a cada fato, à interpretação que dele deu o autor, e quanto à extensão e efeitos dela.

A eficácia de se terem como verdadeiros os fatos não impugnados é a de serem, daí em diante, inatacáveis pelo réu. A lei diz que se presumem verdadeiros, mas a ressalva, posta no final da regra jurídica, é de grande relevância. A expressão “presumem-se” é mais adequada do que submeter os efeitos a poderem, “por acordo”, ser tidos como admitidos os fatos articulados, o que se pôs no Código de Processo Civil português, art. 494.

Em três espécies retira o art. 302 a chamada presunção de serem verdadeiros os fatos: 1, se não seria admissível, a respeito do fato ou dos fatos, a confissão, portanto todos os fatos relativos a direitos indisponíveis (art. 351), como se o réu não pode prestar depoimento pessoal, ou quando, prestando depoimento pessoal, é inadmissível a confissão. Não se pode admitir alegações, se, a respeito delas, não se permite confessar. Se a petição 80O inciso Ix. 2 parte, do art. 129 da Const. 88 veda ao Ministério Público a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

v~i.s!iAt~O li

142

DA RESPOSTA DO REU

inicial não foi acompanhada de instrumento público, que a lei exige àpetição, nenhuma omissão do réu em contestar o fato ou os fatos leva a ter-se como verdadeiro, presuntivamente, o fato, ou a ter-se como verdadeiros os fatos. Pode acontecer que o réu argúa ter havido o fato ou terem havido os fatos, mas de modo diferente daqueles que constam da petição inicial. Aí, é conveniente que o réu diga o que realmente aconteceu.

Se a presunção de verdade se chocaria com a defesa, considerada em seu conjunto, não é de acolher-se.

Se há litisconsórcio, mas não é unitário, cada litisconsorte sofre a eficácia da sua omissão. Porém, como há presunção, a contestação do outro réu ou as dos outros réus podem levar à retirada da presunção.

Art. 303. Depois da contestação’), só é lícito deduzir novas alegações quando: 1 relativas a direito superveniente;

II competir ao juiz conhecer delas de oficio 3);

III por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e juízo2)4).

1. Depois da contestação Se algum direito ou elemento do direito foi superveniente à contestação, pode o demandado apresentar novas alegações (por

exemplo, o autor recebeu de outra pessoa aquilo que ele dizia ser-lhe devido pelo demandado). Sempre que algo acontecer ou que veio a ser conhecido pelo juiz, que o deveria apreciar de oficio, pode alegá-lo o demandado depois da citação. Dá-se o mesmo se alguma regra jurídica permite a formulação em qualquer tempo e juízo. Damos um exemplo: apareceu de outro juízo ação idêntica, proposta antes; noutra ação idêntica fora proferida sentença, que transitou em julgado.

A superveniência supõe que algo aconteça que diminua, modifique ou estenda o direito objeto da ação. Pense-se em aluguéis, furtos, danos, acidentes. Se o fato foi anterior e dele não teve conhecimento o réu, vindo a conhecê-lo, não o faz superveniente. O art. 303, 1, não incide. O que se pode invocar é o art. 517, onde se permite que as questões de fato, não levantadas no juízo inferior, sejam suscitadas na apelação, se a parte prova que deixou de fazê-lo por motivo de força maior.

2. Permissão e alegação Nas espécies do art. 303, II e III, não épreciso que advenha alegação do demandante; daí, caber ao juiz, se não foi apresentada, conhecer de ofício o que se passou.

(ART. 303)

3.Conhecimento judicial de oficio Supóe-se dever do juiz de

conhecer de ofício. Sempre que o direito material considera extensivo ao direito algum fato ao juiz, ao sentenciar, ou antes de sentenciar, e há causa para objeção, e não para exceção, cabe disso conhecer. O art. 462

é explícito:

se, depois de proposta a ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento, cabe ao juiz toma-lo em consideração, de oficio ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença. A parte, depois da contestação, pode alegar o que competiria ao juiz delas conhecer de ofício.

No tocante ao direito processual, o que quer que seja concemente àrelação jurídica processual, seja quanto à constituição, seja quanto ao desenvolvimento regular, que tem os seus pressupostos, é examinável de ofício pelo juiz. Um dos

exemplos é o das nulidades insanáveis.

4.Alegações a qualquer tempo e juízo Enquanto o art. 303, II, éatinente a função ex offi ci o do juiz, o art. 303, III, teve de aludir às regras jurídicas que permitem às partes formular as alegações, durante todo o processo e em qualquer grau de jurisdição. Pense-se na ocorrência de alguma prescrição, no impedimento, na incompetência ou na suspeição do juiz (art. 305).

Seção III

Das Exceções 1) 7)

1. Exceções e processo Os direitos subjetivos e as pretensões reagem por ações e por exceções, de modo que ambas entram na classe dos atos de agressão e de defesa. A ação não pressupõe processo. A demanda tem o caminho que lhe traça a ação, através do uso de remédios jurídicos processuais, até à aplicação do direito objetivo e à pacificação das partes, ou àsimples aplicação por meio de declaração (Código de Processo Civil, art.

açao ude demanda e de

40)Mas a extensão conceptual de”ltrapassa a

processo mesmo. A exceção, em sentido processual, pressupõe a existência de processo, não demanda, da angularidade da relação jurídica processual; porque processo, relação jurídica processual, há antes de se citar o reu, antes de se instaurar a angularidade. É essencialmente defensiva. Porém, no pressupor a existência de processo, a exceção pode ser posterior a ele, quanto a efeitos da demanda ultimada. A exceção de coisa julgada é tão processual quanto qualquer outra exceção processual, e perdem tempo os que pretendem cavar a separação entre ela e as outras, pelo fato de não se lançar contra a constituição da relação jurídica processual a que se liga, no pretérito, e poder operar ipso iure.

144

1

DA RESPOSTA DO REU

A história das exceções prendeu-se à função do Pretor, quando omisso ou defeituoso o ius civile. Juntava-se à fórmula, para que se absolvesse o réu; em vez de condená-lo, se se seguisse à risca o ius civile. Passou-se isso, por exemplo, com a superveniente validade pretoriana do pactum de non petendo. Distinção que se entalhou foi a de assuntos que atuavam ipso iure e assuntos que só se levaram em conta ope exceptionis. A evolução, romano-bizantina e depois mediante a glosa, estendeu, precisou, obscureceu e clareou o conceito. As vezes, toda defesa é exceção, nos textos; outras vezes, ação e defesa distinguem-se de modo concludente.

No sentido próprio e largo, o mais largo, em direito material, de que podemos usar, a exceção supóe ação (ou exercício, como se se tratasse de ação) contra a qual se dirija a exceção. Não só a ação, porque a exceção pode afirmar que não há "ação". A ação pode existir, ou não existir. A exceção pode só se referir ao processo, à demanda. O direito medieval pôs o dedo no ponto: há exceções iuris e exceções facti. Mas ficou longe de caracterizar as exceções de direito material e as exceções processuais. Ali, a exceção agride o direito material; aqui, o direito processual do adverso. Mas, somente até a ação, e não até o direito subjetivo mesmo. Nisso, éenorme a sua diferença em comparação com os outros meios de impugnação. Nenhuma exceção nega a relação jurídica no que possa vir a ser, de outra vez. Se a relação jurídica só é munida de uma ação, sem que outra possa nascer, e a exceção a ataca, então se tem a impressão de ter sido golpeada a relação jurídica. Só a impressão.

Outra ilusão sobre a atingibilidade da relação jurídica pela exceção deriva de ter o réu metido nas alegações reconvencionais matéria exceptiva.

Processualmente, o réu tem, como meios de impugnar a-alegação inicial do autor, a contestação, as exceções e a reconvenção, que, embora seja ação à parte, responde. Meios de impugnar a decisão são os recursos, os embargos de terceiro, a ação rescisória (impugnativa da decisão que transitou em julgado) etc. A exceção nada pede a mais, ou de novo; apenas restringe, na matéria, no espaço, ou no tempo o pedido do autor ou o seu direito, repele; e o seu ataque, se é certo que agride, só o faz sem negação total do direito do autor. Só se refere à ação ou ao processo. Porque se refere à ação, e não só ao processo, a exceção, que se refere a ação, pode ser objeto de ação declarativa. O interesse lá está. De modo que a introdução da ação declaratória excluiu a coincidência entre as exceções e a impugnativa ope exceptionis: a exceção, que já se viu, tantas vezes, mesclada à

reconvenção, pode ser pleiteada com propósito de declaração, sem ser pela via da exceção.

(ART. 303)

145

2. Objeção e exceção O Direito alemão distingue a exceção e a objeção (Leo Rosenberg, Lehrbuch, 318); o austríaco não faz essa distinção. Também o direito brasileiro, que usa da palavra exceção em todos os sentidos possíveis, com prejuízo da doutrina, tem de distinguir a objeção e a exceção. A esse inconveniente só se pode obviar dizendo-se sempre qual o sentido. No fundo, a definição de exceção como o fato de "não ser fundada no caso particular" a pretensão "fundada in concreto" (Schrutka von Rechtenstamm, Jus novorum, 40) apanha exceções materiais e exceções processuais. A exceção de que aqui fala o Código é apenas processual. Por isso mesmo não se tem aqui de tratar da exceção de prescrição, que é de direito material, nem da exceção non adimpleti contractus, que também o é, nem de qualquer exceção de direito material (Tratado de Direito Privado, VI, §§ 628, 639).

Ao direito processual é que cabe dizer o que considera exceções e não objeções. Poderia ele ter falado de exceções de litispendência, de exceção de coisa julgada e de outras espécies; mas, dentro do seu âmbito, preferiu só chamar "exceção" o que está submetido no procedimento dos arts.

304-314. Trata-se apenas de exceções de direito processual, porque as de direito material se regem pelos princípios do direito material e são assunto para a apreciação na sentença. Sobre a competência relativa, que é objeto de exceção, arts. 102 e 111, por ser em razão do valor da causa e do território, posto que, para a União, se afaste o principio (Constituição de 1967, com a Emendan0 1, art. 125, § lo).sl 3. Alcance das regras jurídicas As regras jurídicas contidas nos arts. 304-314 aplicam-se a quaisquer processos.

Portanto, também a medidas cautelares, a incidentes e à execução de sentença.82

As exceções de que aqui se fala são apenas as exceçoes processuaís. As exceções de direito material , como prescrição, se opóem na contestação, ou são oponíveis pelo autor, ao falar em resposta ao que alegou o réu, ou na impugnação à

reconvençao.

4. Oposição das exceções processuais As exceções existem pela própria contextura do direito material ou processual. Os legisladores que apenas vão tratar do processo de modo nenhum podem exclui-las, somente porque delas não falam. O problema de técnica legislativa, que se lhes 81 Const. 88, art. 109, §§ 10 e 20.

82Quanto às ações cautelares, oart. 800; quanto às incidentais, os arts. 108 e 109; quanto à execução de sentença, o art. 575, não cabendo, nesses casos, a exceção de incompetência do art. 307, mas permitida a exceção de impedimento ou de suspeição do art. 312.

apresenta, éo de se determinar qual a espécie de defesa formal (contestação, ou via exceptiva) em que devem entrar e quais as que devam entrar numa ou noutra. Assim, ou a) querem todas as exceções em via própria (fora da contestação), ou b) umas na via da contestação e outras na da exceção, ou c) excluem toda via especial exceptiva. O Reg. n0 737, de 25 de novembro de 1850, art. 75, mandava que todas as exceções, salvo a de incompetência, a de suspeição do juiz, a de ilegitimidade da parte, a de litispendência e a de coisa julgada, constituíssem "matéria de defesa", fossem, pois, "alegadas na contestação". Invocar-se o principio de economia para se adotar a solução b), e até para se tender à solução c), parece-nos descabido. Retardar solução de questões que desde logo cortariam cerce discussão e tempo, de modo nenhum economiza. O principio de economia entra aí como simples principio informador. O propósito técnico há de ser o de distinguir as exceções, que convém, pesados todos os prós e contras, sejam processadas em via própria, posto que, às vezes, nos mesmos autos, e as exceções que podem e devem ser deixadas para mais tarde. O Código de Processo Civil de 1973, como o anterior, seguiu a solução b), limitando, ainda mais, o rol das exceções alegáveis em via exceptiva. Não aludiu à de ilegitimidade da parte, que se achava no art. 74 do Reg. n0 737, mas sem advertir no que enunciara antes, art.

301, VIII. Esse princípio permite a alegação via exceptionis. O demandado tem de alegar, antes de expor o que conceme ao mérito da causa, a litispendência, a coisa julgada e a incapacidade da parte, defeito de representação ou de apresentação, ou falta de autorização (art. 301, V, VI e VIII), mas é possível que tenha chegado ao seu conhecimento qualquer dessas ocorrências depois da

contestação (e. g), havia ação proposta contra pessoa que litisdenunciou o demandado; a coisa julgada fora a favor do alienante do bem que é objeto da nova demanda; o autor estava interditado quando assinou a procuração, ou a procuração não tinha a sua assinatura nem de outrem com o mesmo nome.

5. Prazo para a oposição das exceções O prazo para a contestação é o do art. 297 (quinze dias), ou o do art. 298. Portanto, entregue hoje, amanhã depois de amanhã ou no último dia, o réu pode excepcionar de impedimento, de suspeição, de incompetência do juízo, de litispendência.53 Se o fato que ocasionou a incompetência, o impedimento ou a suspeição foi posterior ao 83A litispendência não se argtii por meio de exceção, no sentido que tem esse vocábulo no art. 304 ess. Alega-se como preliminar da contestação (alI. 301, V), ou, durante todooprocesso, mediante petição solta, tratando-se de matéria da qual o juízo pode conhecer de ofício (art. 301, § 40) em qualquer tempo e grau de jurisdição (art.

267. V e § 30)

inicio do prazo para a contestação, da data da ocorrência é que se contam os quinze dias para a exceção.

A regra jurídica sobre prazo, como qualquer outra regra jurídica dos arts. 304-3 14, aplica-se aos processos executivos de títulos extrajudiciais e às execuções de sentença (4~ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 12 de março de 1942, R. F., 91, 165).

No art. 742 diz-se “será oferecida, juntamente com os embargos, a exceção de incompetência do juízo, bem como a de suspeição ou de impedimento do juízo”.~ Seria de repelir-se que, com o art. 742, ficassem afastadas as hipóteses de incompetência, suspeição e impedimento do juiz, supervenientes à extinção do prazo para os embargos. Há o art. 598 que estatui aplicar-se, subsidiariamente, à execução o que rege o processo de conhecimento. Portanto, temos o art. 305, que estabelece o prazo de quinze dias para a exceção, contado do fato que ocasionou a incompetência, o impedimento ou a suspeição.

Oposta qualquer uma das exceções mencionadas no art. 304 (exceção de

impedimento, ou exceção de suspeição, e exceção de incompetência), suspende-se (arts. 306 e 265,111)0 procedimento da causa, para que continue após a decisão do incidente (art. 306). O réu terá o restante do prazo, qualquer que seja a decisão. Por isso mesmo, a prolação de saneamento, no momento em que se rejeita a exceção, ou quando ainda não correu o restante do prazo para a contestação, que fora suspenso, importa cerceamento da defesa (cf. ja Câmara do Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, 19 de agosto de 1946: “Do fato de ter o excipiente aduzido com os artigos da exceção alegações estranhas à matéria da declinatória, aliás com a declaração de que o fazia ex abundantia, não se pode inferir a desistência da contestação, porquanto requereu, expressamente, fosse a exceção recebida e processada com suspensão da causa”). A apresentação da exceção e da contestação, ao mesmo tempo, ou essa após aquela, não induz, de si só, desistência da exceção; pode ser indício de renúncia, não é renúncia tácita.

84Enquanto o art. 741. VII, manda arguir, nos embargos do devedor, a incompetência do juízo daexecução, bem como a suspeição ou impedimento do juiz, o art. 742 dispõe que “será oferecidajuntamente com os embargos, a exceção de incompetência do juízo, bem como a de suspeição oude impedimento do juiz.” Os dispositivos permitem construir no sentido deque a incompetênciaabsoluta, que não depende de exceção, se argói nos próprios embargos (como poderá ser suscitadano próprio processo de execução art. 113), e assim também a relativa, bem como a suspeição eo impedimento, se o embargante não tiver outra matéria a deduzir nos embargos; se tiver. oporásimultaneamente com os embargos, mas em peça autônoma, a exceção de incompetência relativa,ade impedimentocade suspeição, incidindo, então. oart. 742 (nesse sentido, José Carlos BarbosaMoreira, O Novo Processo Civil Brasileiro, cit., p. 348).

(ART. 303)

DA RESPOSTA DO REU

m-se de entender que se apresentou a contestação para o caso de se não plher a exceção.

6.Exceção de incompetência, de impedimento ou de suspeição exceção de incompetência, como a de impedimento e mesmo a de ~peiçáO, interessa ao Estado, tanto ou mais do que à parte mesma. Quando ‘~1rt.

305 diz que pode ser oposto “em qualquer tempo”, permite que se ~ira na defesa, ou na reconvenção, ou nos recursos, ou que se processe nos tos como via exceptiva.

A incompetência é exceção, exercível a qualquer tempo. É erro ‘~er-se que, após a contestação (o art. 305, hoje, é explícito), só se pode ~or como defesa. Diga-se o mesmo quanto à exceção de coisa julgada. O r incluída na contestação exceção não a torna defesa, a despeito do ‘ívoltório, da unidade só formal.

Resta saber-se quando se há de julgar a exceção de incompetência se oposta após o saneamento. Não há na lei determinação de termo, mas éjuiz que há de repeli-la ou acolhê-la em decisão prevista no art. 306. Num noutro caso, resolve-se quanto a formação da relação jurídica processual ~ repelida, a decisão é suscetível do recurso; se acolhida, de agravo de istrumento; se acolhida, também.

O juiz julga a exceção fora da decisão final, e o recurso é sempre o de gravo de instrumentot5(sem razão, a ia Câmara Civil do Tribunal de ~pelação de São Paulo, a 6 de maio de 1946, R. F., 107, 505, e a ia Turma lo Supremo Tribunal Federal, a 17 de julho de 1950, D. da J., de 4 de abril le 1952, 1747, que procurou negar o ser exceção a alegação postenor, ~onfusão entre exceptio e alegação ope exceptionis: a alegação posterior é, Iliás, exceptio e processável ope exceptionis).

A incompetência absoluta é decretável de ofício, a qualquer tempo (6~ câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 29 de janeiro le 1945, A. J., 78, 192; 8~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Pederal, F’ de dezembro de 1950). Qualquer saneamento é lugar próprio para a declaração, que é elemento, ai, de decisão constitutiva negativa, pois ~ue se retira o juiz do processo, sem se julgar o mérito.

Se foi repelida a exceção de incompetência absoluta, sem se ter interposto recurso, não mais pode o juiz, pelo mesmo fundamento, declat’ar-se absolutamente incompetente (cp. 3~ Câmara Civil do Tribunal de

~5Ou de agravo retido, conforme o art. 522, caput, na redação do art. 10 da Lei n0 9.139, de 30.11.95. Trata-se de decisão interlocutórsa.

Justiça de São Paulo, 27 de novembro de 1946, R dos T., 165, 604). Assim

também julgou a 2~ Turma do Supremo Tribunal Federal, a 23 de julho de 1948 (R. F., 121, 471): “... se se cuida de incompetência absoluta, ratione materiae, a matéria torna-se alegável em qualquer fase do pleito e o juiz pode decretá-la de oficio, salvo se a sentença já tiver passado em julgado, pois em tal caso só poderá ser atacada pela rescisória”.

A exceção de incompetência absoluta pode ser oposta pela parte, ou de ofício. Decisão sobre matéria de competência, depois de constituída a relação jurídica processual, é sobre exceção. A função do juiz, aí não é a mesma que ele tem quando, de ofício, declara a coisa julgada material, e assim desconstitui a relação jurídica processual. Tem-se dito certo (e. g., 2~

Turma do Supremo Tribunal Federal, 10 de janeiro de 1947, R. F. , 113, 410).

7.Indicação necessária do juízo competente; incompetência superveniente à cognição e recursos Na exceção de incompetência, érequisito essencial indicar o excipiente o juiz competente. In limine, há de o juiz rejeitar as exceções que o não apresentem. O Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul (18 de setembro de 1940, R. F., 84, 686-691) leu a regra jurídica do art. 182, § 20, do Código de 1939, como se só se referisse à competência ratione materiae.

Certamente, ai também se aplicava, tratando-se de incompetência em que não se dá prorrogação e pronunciável de oficio; mas a regra jurídica tinha generalidade que se não podia encurtar. Sob o Código de 1973, o art. 304 também não faz exigência quanto àindicação do juízo competente, porém seria absurdo que se permitisse que o réu dissesse que o juiz não é competente e não dissesse quem o seria. Não basta, para se satisfazer a exigência do art. 304, que se diga: “a justiça do Estado de São Paulo”, ou “a do domicilio do réu”, é suficiente, porém, que se refira “ao juiz competente para as ações sobre estado e capacidade, na comarca de A”.

j,Se a incompetência é superveniente? Isso se dá ou pela mudança da lei e nesse caso se remetem os autos ao juiz competente, válido tudo que se fez; ou se dá quando se firma a competência de outro juízo, a que deva ir o processo, por faltarem a esse os requisitos de atração pela conexão, ou principalidade, ou a prevenção de foro.

Então a incompetência superveniente é alegável.

Se há divergência de jurisprudência quanto à competência de dois ou mais juízos, ou se há, sem jurisprudência, dúvida quanto à competência deles, nada obsta a que o réu oponha a exceção, indicando um deles, mas frisando haver a dúvida de interpretação. Se há divergência quanto ao juízo em que se opõe a exceção e outro, tem de afirmar a incompetência o juízo excepcionado e indicar aquele para o qual declina.

Art. 304. É lícito'> a qualquer das partes argUir, por meio de exceção 2> a incompetência (art. 112), o impedimento (Art. 134) ou a suspeição (art. 135).

1.Competência relativa, impedimento e suspeição Competência derrogável é competência relativa; competência inderrogável é competência absoluta. Toda regra jurídica sob competência cujo suporte fáctico consiste em matéria ou em hierarquia é inderrogável (art. 111); portanto, absoluta. Se a competência é pelo valor ou pelo território, há a derrogabilidade, isto é, permite-se-lhe a eleição (foro eleito, art. 111, 2~ parte), o que tem de ocorrer em negócio jurídico escrito (no Art. 111, ~ 1~>, fala-se de "contrato", o que não basta para a interpretação da regra jurídica: leia-se "negócio jurídico").

2.Partes e incompetência relativa do juiz, impedimento ou suspeição Qualquer das partes, diz a lei, pode arguir, por meio de exceção, a incompetência relativa, que é assunto do art. 112, ou o impedimento, ou a suspeição do juiz. No fundo, os arts. 304-314 somente quiseram tratar das três exceções processuais e, com a referência à exceção de incompetência relativa, pareceu afastar a alegação de incompetência absoluta como exceção. Não estaria certo, porque a relação jurídica processual começou com o despacho do juiz, "por iniciativa da parte"(art.

262).

As regras jurídicas sobre competência internacional das autoridades judiciárias brasileiras são regras jurídicas sobre competência absoluta (arts.

88-90).

As regras jurídicas sobre competência pelo valor são de competência relativa; pela matéria, de competência absoluta (arts. 91 e 92). Todas as competências do art. 92 são absolutas. O art. 95 contém as duas espécies de competência. O art.

96, nem no tocante ao parágrafo único, é sobre competência absoluta. Idem, o art. 99 e parágrafo único.

Art. 305. Este direito pode ser exercido em qualquer tempo, ou grau de jurisdição 2> cabendo à parte oferecer exceção, no prazo de quinze (15) dias, contado do fato que ocasionou a incompetência, o impedimento ou a suspeição ~).

1.Tempo em que se opõe a exceção de incompetência, de impedimento e de suspeição O art. 305 somente se refere à categoria do prazo

para a oposição da exceção de incompetência relativa. Nada tem a regra jurídica sobre a exceção de incompetência absoluta (arts. 301, II, e § 40, 302 e 303). O prazo é o de quinze dias, "contado do fato que ocasionou a incompetência, o impedimento e a suspeição". Não há prazo para a oposição de incompetência absoluta se superveniente o fato. Quanto à incompetência relativa, que é assunto do art. 305, como o é o impedimento ou a suspeição, surge o problema de se saber se o excipiente que ignorava o fato posterior fica sujeito à contagem a partir do acontecimento de que só depois teve noticia. Casos há em que o fato se deu há muito tempo e só recentemente dele teve conhecimento o demandado. Por exemplo: o juiz adquiriu, em pré-

contrato, direito à compra do bem que é objeto do litígio, ou o demandante fez testamento em que deixa o objeto ou percentual da sua fortuna ao juiz (cf. art. 134, 1), ou o demandante ou o demandado casou com a filha do juiz (artigo 134, V), ou ela se casou com o advogado do demandante ou do demandado (art. 134, IV), ou o juiz se tornou credor ou devedor do demandante, ou do demandado, ou se fez credor ou devedor o cônjuge do juiz (art.

135, II), ou se o juiz é herdeiro presuntivo, donatáio, ou legatário, ou empregador de alguma das partes (art. 135, III). Estamos apenas a dar exemplos. Se o fato foi logo conhecido pelo interessado na exceção, como se era notório, claro é que o prazo começa do dia do fato. Se alegada e provadamente dele somente teve noticia o interessado tempo depois, há de ser da data do conhecimento que se conta o prazo dos quinze dias.

Advirta-se que superveniência de lei pode mudar a competência relativa, ou criar novo impedimento ou caso de suspeição. Então, os atos processuais até a data da

incidência da nova lei são válidos e eficazes e os atos a partir da incidência estão expostos à exceção de incompetência, de impedimento ou de suspeição.

O Código de 1973, art. 305, resolveu o problema só em parte, pois fez explícito que a parte pode opor a exceção

“no prazo de quinze dias, contado do fato que ocasionou a incompetência, o impedimento ou a suspeição”. Não se referiu ao que sobreveio e a parte tinha razões para desconhecer (por exemplo: a parte veio a saber que, com a morte de uma das partes, o juiz herdara o direito de ação ou que o filho ou filha, ou outro descendente do juiz, se casara com uma das partes ou descendente de uma das partes). A solução tem de ser a que sustentamos no Código de 1939 e a jurisprudência acolhera. Pense-se no juiz que passou a ser herdeiro presuntivo, ou donatário, de alguma das partes, só se tendo notícia muito depois.

Se o juiz é absolutamente incompetente, tem o dever de declará-lo e abster-se de processar a causa e julgar. Não ocorre o mesmo a respeito da incompetência relativa, que não é declarável de oficio, como seria a absoluta DA RESPOSTA DO RU

(art. 112). Quanto à exceção de incompetência relativa, o prazo para que se oponha é de quinze dias, contados do fato que ocasionou a incompetência (art. 305) e faz suspender-se o processo até que se julgue definitivamente (art. 306). O exceto é ouvido dentro de dez dias e em igual prazo terá o juiz de decidir (art.

308). Se a oposição da exceção foi antes de ser apresentada a contestação, cujo prazo estava correndo, só volta esse a contar-se (diminuído o que já havia corrido), depois de cessada a suspensão (arts. 180 e 265, III). Há grande conveniência em que a exceção de incompetência seja logo oposta, para que não se perca muito tempo para a contestaçaO. A apresentação tardia somente tem uma solução, que é a de serem entregues no mesmo dia, em peças autônomas, a de exceção e a da contestação. Aí, não se extinguiu o prazo para as duas defesas. Se a exceção foi oferecida antes da decisão que nega a incompetência tem de haver a intimação das partes, e daí é que se retoma o prazo para a contestação. Com a remessa, todos dias que correram para a oposição de exceçao e de contestaçaO nada têm como que se vai passar no juízo competente. Pergunta-se ~,o novo prazo começa da intimação da decisão que se proferiu no incidente da exceção, ou há outro prazo no juízo competente, dependente de intimação? Se se

contasse a partir da intimação que comunicou a procedência da exceção e dá ensejo à remessa dos autos, seria perigoso que o prazo apanhasse a intimação no juízo incompetente e o tempo gasto com a remessa. O recebimento há de ser conhecido e seria absurdo que corressem os dias entre a intimação no juízo incompetente e a chegada dos autos no juízo competente. Tudo isso mostra que há grande conveniência em que se excetue e se conteste concomitantemente, porém o que mais acontece é que se faça preceder a exceção.

Se o réu não opõe, no prazo para isso, que é o da contestaçaO, pois que a incompetência não seria posterior a essa, a competência do juiz prorrogase(art. 114).

Pode acontecer que o réu conteste, mas, dentro do prazo comum, que é de quinze dias, excetue, em apartado. A solução de se entender que o fato de ter havido contestação e só após exceção dá causa à prorrogação da competência é de repelir-se. Se pode o réu, concomitanternente, en’ atos autônomos, excetuar e contestar,

~~,como seria de aceitar-se que não pudesse, dentro do prazo, que é o mesmo, arguir o de que, talvez, somente agora teve certeza?

2. Exercícios em qualquer tempo, ou grau de jurisdição O tempo, no art. 305, 1a parte, é extensão temporal concernente ao processo. Se o fato ocorreu antes da propositura da ação, o demandado tem de opor a exceção, (ARTS. 305 e 306)

no prazo de quinze dias (ou na contestação, ou em separado), porque a lei evitou discussões por fixar o mesmo prazo no art. 297 e no art. 305. Se o fato é posterior à data em que começou de correr o prazo para a contestação, aplica-se o art. 305, e não o art. 297.

No art. 305, que se refere ao tempo de exercício, prevê que a parte somente venha a saber do fato que ocasionou a incompetência, o impedimento ou a suspeição depois de ter havido o prazo para falar, contado da citação. Ou o réu opôs exceção e foi repelida, ou não opôs, e daí considerar-se extinto o prazo, prorrogada a competência, sem mais se discutir o assunto. Há, porém, a hipótese de ser superveniente o fato que ocasionou a incompetência, o impedimento ou a suspeição. Vamos aos exemplos: lei nova fez incompetente para a espécie de ação o juiz que estava a prestar a tutela jurídica, sem que tivesse afastado a sua

incidência nas lides pendentes; herdou os bens de que trata a ação o cônjuge do juiz (art. 134, V); herdou os bens a que se refere a ação amigo íntimo do juiz (art.

135, 1).

Temos de ler o art. 305 como se dissesse “contado do conhecimento do fato que ocasionou a incompetência, o impedimento ou a suspeição”. Não importa em que grau de jurisdição está o processo. Quanto à incompetência relativa, que é a de que aqui cogitamos, há a prorrogação se não houve exceção acolhida. Quanto à atitude do juiz tem-se de atender ao art. 135, parágrafo único, em que se diz que pode o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo. Mais: pode ele mesmo só ter tido ciência dos motivos de impedimento ou de suspeição já ao estar-se no meio ou no fim do processo. Demos exemplo: numa ação de filiação foi declarado que a pessoa, que é o autor ou o réu da ação, é filho do seu filho.

Na reconvenção, pode o reconvinte ou o reconvindo opor exceção de incompetência quanto à reconvenção.

Art. 306. Recebida ‘) a exceção ‘), o processo ~> ficará suspenso (art. 265, III), até que seja definitivamente Julgada 2>5>

1. Suspensão do processo Suspende-se o processo, quer se trate de exceção de incompetência relativa, quer de exceção de impedimento, quer de suspeição, para que o juiz a julgue definitivamente. Se manifestamente incompetente o juiz, em despacho liminar, a despeito de não se ter dito isso nos arts. 307-311; se manifestamente inprocedente a exceção, a lei foi expressa em dar ao juiz o dever de indeferir a exceção, em despacho liminar

(art. 310). Dá-se o mesmo com a exceção de impedimento e a de suspeição (art. 313, ia parte).

2. Rejeição liminar e julgamento de improcedência A rejeição in limine pode dar

ensejo à aplicação do art. 18. Menos frequentemente, o julgamento da improcedência. Porém não é de excluir-se a maquinação ou a temeridade e a conseqõente aplicação do art. 18.

Se o juiz entende que a exceção envolve questão de direito, ou prescinde de prova, ~,deve logo julgá-la? Assim resolvia Manuel Álvares Pêgas quanto à atitude do juiz. A semelhança do que está explícito no art. 310. Manuel Álvares Pêgas, citando a Agostinho Barbosa e outros, estava certo (Resolutiones Forenses, II, 798): "...quia ad hoc sufficiens est, quod exceptio concludat, et quod probata relevet".

Se é exceção que não deva ser resolvida logo, recebe-a o juiz como começo de contestação (João Rodrigues Cordeiro, Dubitationes luris, d. 50, n. 54; Manuel Gonçalves da Silva, Commentaria, II, 62), ou despacha que a alegue, de novo, na contestação. Pareceu a última solução a Alexandre Caetano Gomes (Manual Prático, 17) ser melhor do que a de se "receber a exceção por principio de contrariedade". Tanto vale. Mas, se o réu tem interesse em apresentá-la desde já, a outra solução se impõe.

Ainda uma vez observamos que as expressões "receber como contestação" e "receber como defesa" só têm o sentido de "receber como incluída, formalmente, na contestação" e "receber como incluída, formal-mente, na defesa".

3. Despacho liminar O art. 305 pôs claro que a oposição da exceção pode ser "em qualquer tempo". O

demandado pode opor a exceção de incompetência relativa (afortiori, a de incompetência absoluta) desde logo, isto é, ao receber a citação. Aí, não há suspensão; mas, com o deferimento da exceção, extinção do processo (arts. 267, IV, e 329).

4. Eficácia da suspensão do processo A suspensão é do processo.

Não da "causa", expressão imprópria que o Código de 1939 empregara e exprobráramos. Essa não está em jogo, se bem que esteja em jogo todo o processo, que é, quantitativamente, mais do que ela. O procedimento fica suspenso; não a demanda, a relação jurídica processual, se existe. Há suspensão

do processo fora dos casos do art. 306, mas a suspensão do art. 306 está inclusa no art. 265, III. O prazo para a contestação parte-se no dia da apresentação da exceção de incompetência ou de impedimento ou de (ART. 306)

155

suspeição, mas o réu retoma-o por inteiro, porque a exceção de impedimento ou de suspeição ou de incompetência se apropriou dele, em parte.86

No período da suspensão, não se pratica qualquer ato processual, mas pode o juiz determinar que se realize algum ou se realizem alguns atos urgentes, a fim de evitar dano irreparável (art. 266). Trata-se de suspensão que foi para se decidir quanto à incompetência. Tal providência extraordinária fica dependente de ratificação pelo juiz a que se remeteu os autos, que pode ser tácita, se o juiz competente prossegue no processo sem nenhuma manifestação escrita. Aliás, pode a parte ter interesse em que ele admita, explicitamente, a providência, razão para poder requerê-lo, como para recorrer contra a sua atitude negativa ou positiva.

Quanto à exceção de impedimento ou de suspeição, o juiz que não reconhece o impedimento, tem o prazo de dez dias para dar as suas razões, com as necessárias provas, ordenar a remessa dos autos ao tribunal (art. 313).

As medidas urgentes, de que trata o art. 266, podem ser tomadas no decêndio. Se o tribunal entende que foi improcedente a exceção o juiz fez o que devia ter feito. Se o tribunal manda remeter os autos ao substituto legal (art. 314), esse é que tem de ratificar, ou não, o que fora realizado, conforme dissemos acima, no tocante à exceção de incompetência.

5. Prazo insito O prazo para a oposição das exceções é prazo insito no prazo para a contestação: o início dele coincide; a sorte é a mesma. Idem, quanto às espécies em que se tem conhecimento posterior da ocorrência.

Subseção 1

1

Da Incompetência)

1. Exceção de incompetência A exceção de incompetência nega que se tenha formado a relação jurídica processual, porque o Estado não deu esse poder, na espécie (raramente in casu), ao juiz de que se trata. Ataca, 86Hácerta obscuridade no texto, que os arts. 265,111, 180e 306 aclaram: aexceçáo de incompetência relativa, de impedimento, ou de suspeição suspendem o processo (arts. 265, III e 306) e também suspendem o prazo em curso (art. 180). Oposta qualquer dessas exceçôes pelo réu depois de iniciado o prazo para contestar, fica ele suspenso até que se jugue a exceção de incompetência pelo juiz, ou as de impedimento ou de suspeição pelo juiz, se as acolher, ou, se ele as rejeitar, pelo tribunal (art. 313. 2 parte). Isso feito, “o prazo será restituído pelo tempo igual ao que faltava para a sua complementação” (art. 180, última parte). A arguição da incompetência absoluta, feita na contestação ou em qualquer outro momento, independentemente de exceção (art. 113), no sentido desse vocábulo no art. 304, não interrompe nem suspende prazo em curso nem paralisa o processo.

portanto, o próprio despacho da inicial e a citação como ato produtor de angularidade ou porque, juiz embora, lhe falte a competência pelo domicílio, ou pela situação da coisa, ou pela prevenção, ou pela conexão, ou pelo valor da causa, ou pela residência.

A exceção de incompetência pode ser oposta pela parte ou acontecer que o juiz se julgue, de oficio, incompetente.57 Decisão sobre matéria de competência, depois de constituída a relação jurídica processual, é sobre exceção. A função do juiz, aí, é a mesma que ele tem quando, de ofício, declara a coisa julgada material, e assim desconstitui a relação jurídica processual. Tem-se dito, erradamente, que não (e. g., 2~ Turma do Supremo Tribunal Federal, 10 de janeiro de 1947, R. F., 113, 410).

OCódigo de 1973, art. 305, afastou as distinções quanto à incompetência, no tocante a oponibilidade (incompetência ratione materiae, ratione personae, territorial): o direito a opor exceção pode ser exercido, em qualquer tempo, ou grau de jurisdição, apenas com o pressuposto de fazê-lo no prazo de quinze dias, contado do fato que ocasionou a incompetência, o

ss

impedimento ou a suspeíçao.

O agravo de instrumento cabe das decisões que não conhecem da exceção de incompetência, e das que a repelem (cf. l~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação da Bahia, 9 de julho de 1946, R. do T., da Bahia, 38, 34; 8~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 25 de abril de 1946, D. da J. de 30 de junho de 1947, 1189). As decisões que negam recurso de agravo de instrumento aos julgados de não-conhecimento da exceção de incompetência são de afastar-se, por serem sem fundamento legal, e. g., 6~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 6 de outubro de 1950, D. da J. de 22 de agosto de 1951, 2355; cf. arts.

279,798, 1, a), 804 e 842, II, do Código de 1939.

87Aludindo ajulgamento de ofício, parece que o autor se refere à incompetência absoluta, porquanto a declaração da incompetência relativa depende de exceção (art. 112), prorrogando-se a competência, se o réu não a opuser (art. 114).

88Embora não constitua tarefa do atualizador manifestar sua divergência do texto, arrisco a observação de que a incompetência ratione materiae e a incompetência ratione personae são absolutas, podendo ser arguidas em qualquer tempo, independentemente de exceção. ou declaradas de oficio (arts. 113 e 301, II e § 40)• Cabe ação rescisória da sentença, ou acórdão, de mérito, proferidos por juiz absolutamente incompetente (asi. 485, II, 2

parte). Como o impedimento (art. 134) também compromete o processo, constituindo fundamento para a açáo rescisória (art. 485, II, 1 parte), parece que preclui o direito de argiií-lo (art. 183) por meio de exceção (art. 304), depois dos 15 dias do art. 305. Passado esse prazo, é admissívcl qucstionar o impedimento através de petição avulsa, sem que se suspendam o processo ou o prazo, julgado o incidente por decisão interlocutória agravável (art. 522).

Art. 307. O excipiente argUirá a incompetência em petição fundamentada e devidamente instruída, indicando o juízo para o qual declina’).

Art. 308. Conclusos os autos, o juiz mandará processar a exceção, ouvindo o excepto dentro em dez (10) dias e decidindo

em igual prazo).

Art. 309. Havendo necessidade de prova testemunhal), o juiz designará audiência de instrução, decidindo dentro de dez (10) dias5).

Art. 310. O juiz indeferirá a petição inicial da exceção, quando mamfestamente improcedente4)7).

Art. 311. Julgada procedente a exceção~), os autos serão remetidos ao juiz competente.

1.Petição devidamente instruída Se a questão da incompetência é sobre incompetência absoluta, regem os arts.

301, II, 302 e 303. Se sobre competência relativa, há de haver a petição, com os fundamentos necessários, devidamente instruída e a indicação do juízo que se tem como competente. O art. 307 fez bem em frisar essa exigência. Se o excipiente não diz qual o juiz competente, infringe o art. 307, e o juiz há de despachar a petição dizendo que o excipiente complete a petição. Pergunta-se: j,é invocável a propósito da exceção de incompetência absoluta, que é um dos pressupostos da contestação (art. 301,11) a regra jurídica do art. 307?

Tem-se de responder afirmativamente, porque a interpretação do art. 307 há de ser no sentido de que se saiba, de início, qual o juiz competente. Quando se diz que o juiz B não é competente, implicitamente se diz que outro juízo o é (A, ou A ou C).

Na exceção de incompetência, é requisito essencial indicar o excipiente o juiz competente. In limine, há de o juiz rejeitar as exceções que o não apresentem. Certamente, a exigência atinge qualquer exceção, tratando-se de incompetência em que não se dá prorrogação e é pronunciável de ofício; a regra jurídica tem generalidade que se não pode encurtar. A lei não distinguiu, e estamos a interpretar lei de processo.

A exceção é em petição fundamentada e devidamente instruída, com a indicação do juiz que reputa competente (“para o qual declina”, art. 307). Não se compreenderia que se dissesse ser incompetente um juiz sem saber quem é competente. O requisito da indicação do juiz competente é suficiente para que o

juiz ou a parte contrária (art. 308) exija a observância do art. 307. Se o juiz não o exigiu e se julga incompetente, tem ele de mandar que se remetam os autos ao juiz competente (art. 311). Portanto, cabe-lhe verificar qual é; aliás, se ele julgou incompetente, foi porque sabia quem tinha a competência.

Se a petição não satisfaz quanto à fundamentação ou à devida instrução, ai a rejeição pelo juiz concerne ao ato do excipiente. Aliás, a própria lei permite a prova testemunhal e não só a documental.

2. Conclusão dos autos e manifestação do excepto Conclusos os autos, o juiz ordena o processamento e pode exigir que se satisfaça alguma exigência (e. g., quanto à instrução da petição), ou desde logo ordena o processamento e que seja ouvido o excepto, dentro de dez dias. A decisão é em igual prazo; quer dizer: ou após os dez dias, ou contados os dez dias a partir do ato processual do excepto, com a nova conclusão.

3. Prova testemunhal Se há necessidade de alguma prova e não só de prova testemunhal, tem o juiz de ordenar que se faça. Para a prova testemunhal, tem de designar a audiência de instrução, após a qual correm os dez dias para ele decidir.

Há uma série de prazos e há a suspensão do processo, de modo que se acentua a responsabilidade do juiz. Finda a audiência para a prova testemunhal, começa o prazo para o juiz.

Têm de ser observados os arts. 444-456, quando seja o caso. Um dos exemplos de necessidade da prova testemunhal é o de ter o réu negado o domicílio ou a residência que se disse ter; outro, o da situação do bem.

O Código de 1973 (art. 310) cogitou explicitamente da rejeição da exceção, e o próprio art. 306 teve de ser interpretado no sentido de o juiz poder recebê-la, ou não a receber, no primeiro despacho que der. O juiz tem de despachá-la, ou rejeitando-a liminarmente, ou mandando ouvir a parte ou as partes contrárias, dentro de dez dias, findos os quais novamente os autos lhe são conclusos, com o mesmo prazo para decidir. O escrivão deve marcar a hora da apresentação da exceção e da conclusão dos autos para que se possa contar o prazo para a decisão do juiz, ou para ser ouvido o excepto, ou para a audiência de instrução em que se produza prova. Alguns esclarecimentos são necessários: ou, a) após a conclusão,

ojuiz manda processar-se a exceção, ouvindo o excepto em dez dias, prazo que se conta da intimação, e dentro de dez dias o juiz decide, ou b) o juiz manda proceder-se à exceção e ouvir o excepto e designa dia para a audiência de instrução, se há maioridade de prova, e dentro de dez dias após a audiência profere a decisão, ~u c) o juiz indefere a exceção em despacho liminar, se manifestamente improcedente (art. 310).

4.Improcedência manifesta da exceção Se a petição mesma revela que não há qualquer razão para se opor a exceção, há o despacho liminar. Nada feito. O juiz não precisava, sequer, de qualquer providência; quer dizer: o que constou da oposição bastou para que se indeferisse o pedido.

5.Prova exigida e prazo para a sentença A prova é feita na audiência marcada. Finda a audiência, começa a contar-se o prazo de dez dias.

6. Deferimento do pedido Pode ocorrer o deferimento do pedido logo que os autos vão ao juiz. Pergunta-se: Lé necessário que se ouça o excepto? Contra ele foi que se opôs a exceção. Se o juiz pode indeferir liminarmente o pedido, isso pode acontecer no momento mesmo em que se lhe apresenta a petição. Não precisa ser ouvido o excepto. Se, em vez disso, o juiz entende que é incompetente, tem de ouvir o excepto, porque o erro pode ser do próprio juiz.

Com o deferimento, cessou a atuação do juiz, que apenas no próprio despacho do pedido tem de ordenar a remessa dos autos ao juiz competente. Aí está uma das razões para a exigência do art. 307 no tocante à indicação do juízo competente. Se a decisão foi contra o que sustentou o excepto a respeito do juízo competente, se deferido o pedido do excipiente, pode o excepto recorrer da decisão, ou repetir ao juízo a que se remeteram os autos o que entendia sobre a sua incompetência, e tem esse de proceder como se estivesse contra ele a exceção da incompetência, agora oposta pela pessoa que fora excepta.

7. Suspensão e julgamento O processo é suspenso em virtude do art. 265, III, qualquer que seja o momento em que ele se ache, para que a exccçáo sejajulgada (art. 306). Isso não obsta a que o juiz ciente pela própria oposição da exceção ou por informe preciso sobre a excedência do prazo do art. 305, repila, desde logo, a exceção.

Nos casos das exceções de impedimento, ou de suspeição, ou de incompetência,

o processo está suspenso. Com a decisão favorável ao excipiente, o juiz diz não existir a relação jurídica processual: foi ineficaz o processo; a citação não teve os efeitos processuais, inclusive o da litispendência.59 Só o acórdão da apelação (art. 267,1V), reformando a sentença poderá dizer que a citação produziu os seus efeitos processuais, que o processo se instaurou em relação jurídica processual eficaz.

COMENTARIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CiVIL (ART. 311)

Trânsita em julgado a decisão, os autos são remetidos ao juiz competente. Se houve recurso, os autos descem ao juízo para que os remeta ao juízo competente.

A exceção de incompetência, não só a ratione materiae, interessa ao Estado, tanto ou mais do que à parte mesma. Quando se diz que pode ser alegada “em qualquer tempo, ou grau de jurisdição”, permite-se que se insira na defesa, ou na reconvenção, ou nos recursos, ou que se processe nos autos como via exceptiva. Não se lhe atribuiu, aí, efeito suspensivo do processo, que é restrito às exceções de impedimento ou de suspeição e de incompetência. O juiz deve conhecer a sua competência, razão por que lhe cabe examinar e acolher de ofício.

(A incompetência é exceção acolhível, a qualquer tempo em que se oponha. Diga-se o mesmo quanto à exceção de coisa julgada. O ser incluída na contestação a exceção não a torna defesa, a despeito, do envoltório, da unidade só formal, que lhe tira o efeito de suspensão.)

Resta saber-se quando se há de julgar a exceção de incompetência se oposta após o saneamento. Não há na lei determinação de termo, mas é de crer-se que o juiz a repila ou a acolha, suspendendo o processo até que a julgue. Num e noutro caso, resolve-se quanto à formação da relação jurídica processual; porém, se acolhida ou repelida, a decisão é suscetível do recurso de apelaçáo7~ ou de agravo de instrumento (antes, a ia Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 6 de maio de 1946, R. F., 107, 505, e a ia Turma do Supremo Tribunal Federal, a 17 de julho de 1950, D. da J. de 4 de abril de 1952, 1747).

A incompetência é decretável de ofício, a qualquer tempo (6R Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 29 de janeiro de 1946, A. J., 78, 192; 8~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 10 de dezembro de 1950). j,O saneamento é momento próprio para a declaração, que é elemento, aí,

de decisão constitutiva negativa, pois que se poe termo ao processo, sem se julgar o mérito? O art. 306 não permite a afirmativa, porque, qualquer que seja o momento do recebimento da exceção, fica suspenso o processo (art.

265, III), e tem de ser definitivamente julgada. Sob o Código de 1973, o saneamento (art. 331) é assaz diferente do que havia no Código de 1939, art. 294, pois hoje ojuiz não tem as funções constitutivas de outrora, além das que se apontam no art. 331,1 e

9056 de agravo (art. 522). Se o juiz extinguir o processo pela ineompeíencia do Judiciário brasileiro (arts. 88, 89

e 267, IV>, já que, salvo existindo tratado, não pode remeter o feito à Justiça de outro país, proferirá sentença (art. 162, § 1v), por isso apelável (art. 513).

91Os incisos te lido art. 331 foram ab-rogados pelo art. 1~ da Lei n0 8.952, de 13.12.94, e as normas neles contidas, condensadas no § 2~ daquele dispositivo.

161

Se foi repelida a exceção de competência, sem se ter interposto recurso, não mais pode o juiz, pelo mesmo fundamento, declarar-se incompetente (cp. 35 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 27 de novembro de 1946, R. dos T., 165, 604). Assim também julgou a 2~ Turma do Supremo Tribunal Federal, a 23

de julho de 1948, R. F., 121,471).

Julgada improcedente a exceção de incompetência, volta a correr o processo. O excipiente pode recorrer com o agravo de instrumento.~ Se julgado procedente, os autos são remetidos ao juízo competente, retomado o curso do processo.

Subseção II

1

Do impedimento e da suspeição)

1. Exceção de impedimento e exceção de suspeição A exceção de impedimento

ou de suspeição também desfere o seu golpe contra a função do juiz, porque a lei o exclui por outro motivo, positivo, que não o motivo, negativo, da incompetência. São ambas relativas ao mesmo pressuposto processual: o juiz. Ambas deixam intactos, por abstração, a pretensão alegada pela parte, a sua ação e todos os mais atos. Como toda exceção pressupõe ação ou processo, essa pressupõe processo, e ataca o juiz, um dos elementos subjetivos com que se formaria a relação jurídica processual. E ataca-o na sua pessoa físico-psíquica.

As exceções de que cogita o art. 304 são exercíveis pelo réu ou pelo autor, ou pessoa comparada a parte. No direito anterior não havia a regra jurídica do art. 305; daí termos escrito o que adiante reproduzimos.

Se ao tempo em que o autor propôs a ação sob o Código de 1939, ignorava a causa de impedimento ou de suspeição, ou se sobreveio, j,pode opor exceção de impedimento ou de suspeição no prazo de quinze dias, se não praticou qualquer ato processual ciente da suspeição? No sentido de ser oponível a exceção de impedimento ou de suspeição no prazo legal após a data em que o excipiente teve conhecimento do fato de que resultou a suspeição, já o Tribunal de Justiça de São Paulo, a 6 de setembro de 1950 (R. dos T., 190, 403), a Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Justiça de Santa Catarina, a 17 de abril de 1950 (Jurisprudência, 1951, 104), a Câmara 92Ou agravoretido (art. 522, comaredação do art. 1” daLei n0 9.139, de 30.11.95). Noprocedimento sumário, decidida a argtiição de incompetância na audjéncia (art. 278), o agravo será sempreretido Cível do Tribunal de Justiçado Ceará, 5 de junho de 1952 (J. eD., VII, 259:

“A exceção de suspeição, praticando qualquer ato que importe na aceitação do juiz, só procederá aí está

“procederá” por “será de conhecer-se” se superveniente for o motivo da suspeição”), e o Tribunal de Justiça do Espírito Santo, 13 de dezembro de 1951 (R. do T. de J., VI, 327). Hoje há o art. 305, que afastou qualquer dúvida.

Art. 312. A parte oferecerá a exceção de impedimento’) ou de suspeição 2) especificando o motivo da recusa (arts. 134 e 135). A petição, dirigida ao juiz da causa, poderá ser instruída com documentos em que o excipiente fr~ndar a alegação e conterá o rol de testemunhas.

1. Impedimento do juiz e exceção O Código de Processo Civil de 1973

acertadamente inseriu no texto sobre as exceções as espécies de impedimento judicial, enumerando-as exaustivamente, o que foi grave omissão do Código de 1939. As regras jurídicas impeditivas têm eficácia inderrogável, de modo que não se pode fazer competente o juiz impedido. Aia parte não recusa por suspeição; o juiz está impedido. O Estado deu aos juizes a função de atenderá pretensão à tutela jurídica, a fazer parte, por ele, da relação jurídica processual, quer em primeira linha (demandante, Estado), quer na angularidade (demandante, Estado; Estado, demandado). O art. 134 menciona as circunstâncias que impedem que o juiz exerça, in casu, a função estatal. A parte tem de opor a exceção de impedimento, com a especificação das causas da pré-exclusão da atividade do juiz, que há de ser insensível em alguns dos incisos do art. 134. A petição tem de alegar e provar ou indicar as provas (documentos, testemunhas). Quanto às testemunhas, exige-se o rol.

A recusatio iudicis é exceção, à maneira canônica, em que se alega fato pessoal do órgão jurisdicional. Essas situações são, de per si, pressupostos da exceção de impedimento ou suspeição. Mas esses pressupostos têm efeitos antes ou independentemente da atitude do excipiente: o juiz mesmo pode, e deve dar-se por suspeito, nos casos em que é executável a suspeição. Os pressupostos funcionam como óbices de exercício do cargo, in casu.

Todos eles advêm de exame que se fez, nas diferentes situações da vida, para se evitarem os perigos da falta de independência, de ânimo isento, de rigidez e imparcial julgamento por parte de quem processa e julga a causa.

Ou esses pressupostos ligam o juiz a alguma parte, ou ao objeto dela. A lei está longe de ser exaustiva, a respeito da suspeição. Fatores há de influência

que ela não pode categorizar, tais como a dos poderosos nas finanças, na vida social e na poliica. Quer no tocante ao impedimento, quer à suspeição a parte ou partes da causa: parentesco, amizade, inimizade; ao objeto da causa: interesse na decisão. Pode alegar impedimento ou suspeição qualquer das partes, ou quem venha equiparar-se, eventualmente, a elas.

A parte tem de opor a exceção, quer de impedimento (art. 134), quer de suspeição (art. 135), com especificação do motivo de alegação. A petição é dirigida ao juiz da causa, com as provas do que se argiliu, isto é, com documentos, ou com a indicação das testemunhas. No caso de apresentar rol de

testemunhas, nada tem o juiz de providenciar. Apenas pode, com as suas razões, mandar juntar o rol das suas testemunhas. Após isso, o seu dever é o de ordenar que se remetam os autos ao tribunal. Se o juiz reconhece o impedimento, ou a suspeição, nada mais tem a fazer que ordenar que se remetam os autos ao seu substituto legal.

2. Suspeição do juiz e exceção A exceção há de basear-se em alguns dos incisos do art. 135, porém a lei permite que o próprio juiz se diga suspeito, “por motivo intimo”.93 O Código de 1939, art. 119, omitiu regras jurídicas sobre a atitude que havia de tomar o juiz que se declarasse suspeito, mas a matéria dos * § 10 e 20 do art. 119 eram mais da competência do legislador de organização judiciária e dos Regimentos Intemos dos Tribunais.

O fundamento da suspeição é de direito estrito. Portanto, não se contagia, nem se estende. Por exemplo: o juiz pode ser amigo intimo do filho ou pai da parte, e não ser suspeito, porque o seu amigo íntimo não é“qualquer das partes”.

A exceção de suspeição provoca o julgamento da permanência do juiz, ou da sua retirada, sem que a relação jurídica processual se modifique: sai um órgáo do Estado e outro órgão se insere, porém o Estado não deixou, um instante, de estar na relação jurídica processual (autor, Estado; Estado, réu).

Art. 313. Despachando ~> a petição ‘>, o juiz ~), se reconhecer o impedimento ou a suspeição 2> ordenará 3) a remessa dos autos ao seu substituto legal 5); em caso contrário, dentro de dez (10) dias, dará as suas razões, acompanhadas de documentos e de rol de testemunhas, se houver, ordenando a remessa dos autos ao tribunal 6) 7)

1. Cognição da causa de impedimento ou de suspeição Há o prazo de que fala o art. 305. Não basta a parte saber do impedimento ou da

suspeição. É preciso que tenha meios de lhe provar a existência. A cognição, só é insuficiente. Pode ser apenas subjetiva, oriunda de documentos que desapareceram, ou ser de ouvida alheia. O fato a que a lei se refere é o que põe a parte em posição de poder opor a exceção. Às vezes, é anterior ao prazo para oposição; outras vezes, posterior, ou porque só então se dê a causa (manifestação

objetiva), ou só então se venha a conhecer (manifestação subjetiva), ou só então possa ser argUida (manifestação subjetivo-probatória). Surge aí a superveniência da causa de impedimento ou de suspeição, como se pode dar a de outras causas de exceção (alguns Códigos estaduais (São Paulo, art. 235; Pernambuco, art. 277, parágrafo único) cogitavam da suspeição superveniente).

Se a causa do impedimento ou da suspeição foi conhecida pela parte sem o ser pelo procurador judicial, ou se o foi por esse e por ela, sem o ser pelo advogado, tem-se de contar prazo desde o dia em que, razoavelmente, teria tempo de ser comunicada ao procurador judicial, ou ao advogado, respectivamente (telegrama, carta, telefonema). Os atos que o advogado haja praticado enquanto ignorava ou podia ignorar vão ficar sujeitos àdecisão, favorável ou desfavorável.

2. Autor a que se revela, quanto a ele, o impedimento ou suspeição do juiz O fato do impedimento ou da suspeição do juiz pode não ser conhecido do autor, e. g., ignorava ele que o juiz fosse sócio de pessoa jurídica, que é a ré, no processo. Pode ele alegar a suspeição se nenhum ato praticou após a ciência da suspeição.

A petição da exceção de impedimento ou de suspeição é dirigida ao juiz da causa; posto que não seja ele sempre quem vai decidir, porque pode aceitar o pedido, ou, se não reconhece o impedimento ou a suspeição, tem prazo para as suas razões, com as provas que julgar necessárias, ordenando a remessa dos autos ao tribunal. As testemunhas têm de ser mencionadas nas próprias razões.

No Código de 1939, o procurador da parte, para arguir a suspeição do juiz, tinha de ter poderes especiais. Hoje, não (arts. 38, parágrafo único, e 313), pois não há qualquer regra jurídica que o exija. Não há dúvida que éum tanto expansiva essa faculdade dada ao advogado, máxime nas espécies do art. 135, IV e V, tais as alegaçoes que se têm de fazer.

A decisão do juiz de acolher a exceção de impedimento ou a de suspeição leva a remessa dos autos ao substituto legal. A outra parte, diante de tal decisão do juiz, pode interpor agravo de instrumento (arts. 522 e 162, § 20).

94Pouco prático embora, a lei não proibe o agravo retido (Art. 522, com a redação do Art. 10 da L,~i n09.139, de 30.11.95).

Advirta-se que a exceção de impedimento ou a de suspeição pode ser oposta

pelo autor ou pelo réu. Se o autor apresentou, concomitantemente, a petição inicial e a exceção, nessa afirma que o juiz competente é impedido ou suspeito. Todavia, pode exsurgir ocaso de autor, que, após o deferimento da petição inicial, tem de excetuar, devido à superveniência do impedimento ou da suspeição. Então tem de alegar e provar o que aconteceu, e o prazo para fazê-lo é o de quinze dias, contado do fato que gerou o impedimento ou a suspeição. Há a recorribilidade pelo réu, se foi tida como procedente, ou não, a exceção que o autor opôs, mas o prazo só se pode contar da ciência da decisão proferida na exceção.

Se o juiz não reconhece o que se arguiu, quem julga a exceção é o tribunal. Tem o acoimado de impedido ou de suspeito de apresentar as suas razões. A lei de organização judiciária é que diz qual o órgão do tribunal que há de conhecer do mesmo. Não há exigência de julgamento pelo plenário.

3.Procedimento da exceção de impedimento ou de suspeição e

decisão a respeito Oposta a exceção de impedimento ou de suspeição, o escrivão faz conclusos os autos ao juiz; e o juiz tem dez dias para examinar oincidente processual. Se a reconhece, ordena que os autos vão ao seu substituto legal (mesmo juízo, mudança de pessoa). Se não a reconhece, a remessa é feita, no prazo de dez dias, ao Tribunal de Justiça,95 que ajulgará.

O juiz, no despacho, reunirá os elementos de convicção com que examinou a alegação da parte. Pode bem ser que tenha junto o rol das testemunhas.

O despacho do juiz, reconhecendo-se como impedido ou como suspeito, como aquele em que, de próprio moto, se dá por suspeito, não édescontitutivo da relação jurídica processual, mas apenas afastante da sua pessoa como juiz da causa. Não se trata de despacho simplesmente declaratório, porque há efeito de retirada da pessoa do juiz, e não só efeito imediato. A carga do despacho é de 5 de constitutividade negativa, 4 de mandamentalidade (“ordenará a remessa dos autos ...“) e 3 de declarativa:

declara e, por conseguinte, desconstitui a ligação do juiz à relação jurídica processual, como órgão do Estado, que é, tendo poder o próprio juiz, que até então funcionara, para ordenar que se remetam os autos ao substituto legal.

95Rectius, tribunal superior (de Justiça, Regional Federal, ou de Alçada, dependendo da lei local). As exceçúes de impedimento ou suspeição de membro de tribunal ou de órgáo fracionário deste são julgadas no prdprio tribunal.

(ART. 313)

4. Despacho Após o exame, o juiz proferirá despacho em que se reconhece, ou não, como impedido ou como suspeito.95 Não se reconhecendo como tal, os autos sobem com as razões, para o julgamento pelo tribunal. Se se reconhece como impedido ou suspeito, vão os autos ao substituto legal.

O art. 313 diz que há o despacho de reconhecimento e, se o juiz não se reconhece como impedido ou suspeito, dará as suas razões, "ordenando a remessa dos autos ao tribunal". Tal ordem é despacho.

5. Substituto do juiz O substituto pode dar-se ou ser excetuado por impedimento, ou ser, também ele, excetuado de impedido ou de suspeito.

6. Julgamento no tribunal O julgamento, na superior instância, quer se haja decidido exceção do réu, quer do autor, tem as mesmas conseqUências. No processo da exceção de impedimento ou de suspeição não há audiência da parte contrária (Tribunal de Justiça de São Paulo, 16 de agosto de 1950, R. dos T., 188, 912), porque o exceto já foi ouvido, pois foi o juiz.

A exceção de impedimento ou de suspeição provoca o julgamento da permanência do juiz, ou da sua retirada, sem que a relação jurídica processual se modifique: sai um órgão do Estado e outro órgão se insere, porém o Estado não deixou, um instante, de estar na relação jurídica processual (autor, Estado; Estado, réu).

7.Processo das exceções de impedimento ou de suspeição na superior instância O Código de Processo Civil deixou aos regimentos do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Federal de Recursos97 e do Tribunal de Justiça, ou outro tribunal, as regras jurídicas sobre processo das suspeições. Não as regras jurídicas sobre os fundamentos ou pressupostos do impedimento e da suspeição.

8.Irrecorribilidade dos atos do juiz Da decisão que julga procedente a exceção de impedimento ou de suspeição não há recurso.9t Se o juiz

96Trata-se de decisão interlocutória (Art. 162, § 20).

97Na Const. 88, Superior Tribunal de Justiça (Art. 104, e art. 27 do Ato das Disposiçóes Constitucionais Transitórias). Leia-se, no texto, uma alusão genérica aos tribunais.

98Trata-se, obviamente, de opinião do autor, sem que, entretanto, se encontre, no CPC, a proibição de recorrer.

No comentário 2), o próprio comentarista aludiu ao agravo da parte contrária ao excipiente. Cuida-se de decisão interlocutória <Art. 162. § 2~), agravável como as demais (imagine-se, v. g., o erro do juiz excepto quanto a uma das hipóteses do Art. 134 ou 135). Note-se que ajurisprudência referida no texto é toda do Código de 1939, cujos aus. 842 e 851 efetivamente não concediam agravo de instrumento nem agravo no auto do processo da decisão cogitaria.

não se reconhece por impedido ou por suspeito, não decide a questão, não houve de sua parte julgamento, mas omissão de julgar, devido à concepção do art. 313, 2~. parte, que tira ao juiz declarar o não-impedimento ou a não-suspeição. O que sobe ao tribunal não é o recurso, é a decisão mesma sobre impedimento ou suspeição. No mesmo sentido, as Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a 31 de agosto de 1950

(D. da 1. de 23 de agosto de 1951). Da decisão que se profere como procedente em exceção de impedimento ou de suspeição não há recurso (Tribunal de Justiça de São Paulo, 8 de fevereiro de 1950, R.. dos T., 186, 328; Conselho de 4 de agosto de 1950, 2462; 6~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 17 de fevereiro de 1950, R. dos T., 186, 170; Câmaras Civeis Reunidas do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 31 de agosto de 1950, D. dai. de 23 de agosto de 1951, 2379).

Se o juiz entende que precluiu o prazo para a exceção de impedimento ou de suspeição, ou, por outra qualquer alegação, não a recebe, sem admitir a suspeição e sem remeter os autos, cabe reclamação ou mandado de segurança99 (Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 29 de janeiro de 1948, R. F., 124, 183; já antes, a 30 de outubro de 1947, 124, 168: “Continuando no exercício da função judicante, sem atenção à oposição do excipiente, comete ato que enfrenta abertamente a lei e fere o direito líquido e

incontestável que assiste à parte de ver procurada e julgada a exceção de suspeição. Admissível, contra esse ato, mandado de segurança"; Tribunal de Justiça de São Paulo, 8 de novembro de 1950, R.

dos T., 190, 416).

Há julgados em que se vê conflito de competência entre o juiz que se deu por impedido ou por suspeito e o juiz que, em virtude disso, recebe os autos (e. g., ~a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 27 de outubro de 1950, R. dos T., 190, 675; Tribunal de Justiça de Alagoas, 4 de

• agosto de 1950, 190, 429). Não está certo. Conceberam-se as decisões do juiz contra o qual se opôs impedimento ou suspeição como irrecorríveis, a em que declara a suspeição, que contém o elemento mandamental da remessa ao juiz substituto, e a em que não se julgou, por se ter construído a espécie como de devolução do julgamento. Nessa, o juiz conheceu da exceção, e não se disse impedido ou suspeito, porque se absteve de dizê-lo, e não se declarou não-impedido nem não-suspeito, porque já é parte na exceção. Ora, se da decisão em que se reconhece impedido ou suspeito,

99O recurso é ode agravo (arta. 522, com a redação do Art. t0da Lei a0 9.139, de 30.11.95). Vd. anota 98.

(ART. 314)

decisão com eficácia declaratória e constitutiva negativa, quanto à sua função no processo, não cabe recurso, admitir-se que o substituto se pronuncie sobre ela é contra os princípios. O que se pode dar, se o caso não éde impedimento ou de suspeição, é a reclamação (Tribunal de Justiça de Sergipe, 4 de dezembro de 1946), com finalidade disciplinar e eficácia desconstitutiva da decisão.'00 Somente há conflito de competência quando se enfrentam declarações positivas ou negativas sobre competência; e impedimento e suspeição não são incompetência. Também sem razão o Conselho de Justiça do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 7

dezembro de 1945 (D. da J. de 18 de outubro de 1946, 1899).

A 2~ Câmara do Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, a 12 de abril de 1946,

entendeu que cabe recurso da decisão pela qual o juiz se declara impedido ou suspeito, por ser terminativa do feito (!). Não tinha nem tem qualquer fundamento. O feito não termina. O substituto recebe os autos. Se algo está nulo, decide-se segundo os princípios; mas a citação foi feita e produziu os seus efeitos. Se o impedimento ou a suspeição teve acolhida, o despacho foi de mero expediente.’0’ Ao feito não se pôs termo, de modo nenhum, para que pudesse ser invocado o art. 513. No mesmo juízo fica.

A relação jurídica processual constituiu-se porque a própria alegação de impedimento ou de suspeição supóe aceitação do juízo,’02 sem que se aceite o juiz.

Art. 314. Venficando que a exceção não tem fundamento legal, o tribunal determinará o seu arquivamento 2); no caso

contrário, condenará o juiz nas custas), mandando remeter os autos ao seu substituto legal.

1. Condenação nas custas Se o juiz, de inicio, reconhece o impedimento ou a suspeição, vão os autos ao substituto legal, e não paga as custas. Se nao a reconhece e o Tribunal a pronuncia, é condenado a pagar as custas. É estranho que o excipiente nada sofra, se não teve razão, salvo as custas que pagou ou as que tem de pagar, pois que suscitou a questão de impedimento ou de suspeição no processo. A ação pela má-fé é possível (arts. 16

100Na sistemática do atual CPC, só por agravo se desconstitui a decisão.

101Nao se trata de despacho de mero expediente, irrecorrivel (ali. 504), mas de decisão interlocutória (Art. 162,

§ 2), impugnável por agravo (vd. as notas 98 e 99).

102Não necessariamente. Podem-se opor, por exemplo, exceções de incompetência e de suspeiçáo, recusando-se, por meio daquela, o juízo e, através desta, o juiz. O procedimento da exceção de Incompetência ficará suspenso (Art. 265,111), até que se defina a imparcialidade do juiz para dirigir o processo, inclusive julgando aquele incidente.

e 17, 1,11,1V, VI e VII), mas, na espécie, de pouco alcance, se os danos não

forem acima do ordinário dos casos.

2.Impedimento duradouro ou temporário e suspeição duradoura ou temporária Suspeito o juiz, i,fica impedido de funcionar em todas as outras causas em que estiver interessada a mesma parte? Se o pressuposto é ligado a alguma parte (ou procurador), é prudente que o juiz se submeta 1n3

à decisão do Tribunal de Justiça, ou do Tribunal Federal de Recursos, ou do Supremo Tribunal Federal, ou outro Tribunal, porque se trata de apreciação da sua conduta. Não há de adscrever-se a isso se está profundamente convencido da razão da sua atitude, defendendo a permanência da pessoa do Juiz. A decisão sobre um caso não se contagia a outros. Se a causa cessou, é dever do juiz defender a sua permanência nos outros processos.

Seção IV

Da Reconvenção 1)2) 3) 4)

1.Conceito de reconvenção Reconvenção é a ação do réu contra o autor no mesmo processo, ou em apartado. À relação jurídica processsual do autor, à conventio, o réu faz corresponder a sua relação jurídica processual, a reconventio, isto é, ao ângulo que se compôs com a ação do autor outro ângulo se acrescenta do réu ao juiz e do juiz ao autor, sem que as linhas sejam as mesmas. Quanto ao pedido, as duas relações jurídicas processuais se tocam: a reconvenção ocorre, isto é, a ação do réu se move, como reação à ação do autor, exatamente por ser o pedido, que nela se faz, modificativo, ou excludente do pedido do autor. Em algum ponto eles se chocam. Por isso mesmo, a reconvenção tem de ser contemporânea da contestação, porque àdefesa se junta, de certo modo, a agressividade especifica da ação. O réu contesta e reage, reconvém. O demandado ou qualquer dos demandados pode contestar, ou deixar de contestar, com as conseqUências processuaís peculiares. Pode opor exceção, quer de direito processual, quer de direito material.

Feita a contestação, só se admite alteração do pedido, ou da causa, ou desistência da ação, se o demandado consente, ou se os demandados consentem.

A reconvenção é apresentável com os pressupostos legais. Há de ter por fim modificação ou exclusão do pedido.

É preciso que o rito que se exige

(ART. 314)171

à reconvenção seja o mesmo da “ação”, porque o processamento há de ser o mesmo e na mesma sentença se julgam as duas ações.

Surge o problema de se saber se, no processo da ação declarativa, a reconvenção pode ser quanto a ação constitutiva, condenatória, mandamental, ou executiva. 040 que é preciso é que o elemento declarativo da decisão na reconvenção seja imediato ou mediato (prévio).

Aqui frisamos um ponto de grande relevo científico. Com o despacho da petição inicial (art. 263: “iniciativa da parte”) inicia-se o processo, a relação jurídica processual; com a citação do réu, a angularidade. Com o oferecimento da reconvenção, novo processo, nova relação jurídica processual começa; e com a intimação do autor reconvindo, a angularidade.

A contra-sorte dos pedidos, que se fez pressuposto da reconvenção, dispensava-se no antigo direito germânico e no canônico. Aquele admitia que, estando alguém a pleitear em certo lugar, qualquer pessoa pudesse ir contra ele, por uma espécie de fixação da competência. Nesse, qualquer ação do réu bastaria para se compor a figura da reconvenção. Tudo isso refletia situações econômica e sociais que passaram. Hoje, o conceito é diferente, e atende melhor aos fatos da vida.

A reconvenção é ação, assim nos seus pressupostos, como em sua estrutura. Apenas supõe a existência de outra relação jurídica processual, angularizada, de estrutura inversa. Admite-se em casos restritos; a regra éque, estabelecida demanda judicial, nenhuma atuação tenha na relação jurídica processual o que se refira a outra ação, e vice-versa. Quando a reconvenção se inicia, a citação, na ação original, já produziu os efeitos de litispendência, de prevenção e de litigiosidade. A sua introdução pode tirar a outro juiz a competência, em extensão a que o instituto da prorrogação da competência pela conexão não levaria.

A reconvenção é ato processual formal. Tem de ser expressa, e nunca só inferida (Câmaras Reunidas do Tribunal de Justiça do Rio de

Janeíro de 1947).

DA

A defesa do réu na ação declaratór

ia

não contém reconvenção. Porém

RESPOSTA

daí não se tire que seja im

possível

na ação declaratória reconvir-se. Pode o

DO RÉU

réu reconvir, ainda que não seja

exercendo ação declaratória incidental (e.

g., B pediu a declaração

da relação

jurídica de crédito contra A, e A

104 Não se admite reconvenção no processo de execução, onde não se contesta, mas se embarga (Art.

736). Também não cabe ao réu de ação cognitiva reconvir ao autor com ação executiva porque diferentes as relaç6es processuais formadas por umae outra, de conhecimento aquela, de execução esta.

reconvém pedindo que se declare relação jurídica da sociedade entre B e A, para que se revele o ter havido assunção de divida entre eles para fins sociais, mercê de desconto). O juiz da 7’ Vara Cível do Distrito Federal (D. da J. de 17 de

dezembro de 1946, 8381) teve ensejo de apreciar, sem lhe dar o nome, caso de ação declaratória incidental em ação declaratória: "... o que por ela se pede é outra declaração, de ponto diverso de relação de direito entre as partes, de matéria prejudicial que o autor quer que se declare por sentença". Ou seria ação declaratória incidental (Zwischenfeststellungsklage), ou defesa, e a acolhida não poderia ser sacrificada, porque, se aquela não coubesse, se teria de receber a alegação como defesa, por se tratar da mesma relação jurídica.

A 2' Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 22 de junho de 1948, R. dos T., 176, 300), aventurou:

"Embora a lei não disponha, expressamente, ser inadmissível reconvenção em ação declarativa, é certo que, em regra, não pode o réu opor ao autor reconvenção em ação meramente declaratória, cujo objeto único e exclusivo é o de declarar a autenticidade ou falsidade de documentos". A 4' Câmara Civil, a 22 de janeiro de 1953 (210, 192), afastou qualquer possibilidade de reconvenção, quer se trate de ação declarativa da existência ou inexistência de relação jurídica, quer da autenticidade ou falsidade de documento. Sem razão ambas as decisões.

Nenhum texto de lei afasta a reconvenção às ações declarativas, nem a declaratoriedade da ação implica irreconvencionabilidade.

A reconvenção é outra "ação" (no sentido do direito processual), em que se pleiteia outro direito, outra pretensão e outra ação (no sentido do direito material). Não pode ser res in iudicium deducta o que está precluso (5' Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 10 de setembro de 1950, R. dos T., 189, 388; 30 Grupo de Câmaras Civis, 2 de março de 1951, 192, 172), ou prescrito, ou ainda infieri (2' Câmara do Tribunal de Alçada, 24 de outubro de 1951, 198, 412).

Se a ação é de cobrança, não cabe reconvenção em que se aduza dívida que somente nasceria ao advento de condição (só assim se há de entender a decisão da 5' Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 25 de junho de 1946, D. da J. de 8 de abril de 1948, 1170). Aí, o assunto é para contestação, e não para reconvenção.

Chamando-se compensação judicial a que resulta do atendimento de crédito que se apreciou na reconvenção, é claro que, se não se pode, na espécie, admitir a

reconvenção, também não se há de pensar em compensação que dela resultasse (e. g., 3’ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 24 de julho de 1946, R. F., 109, 145 e 164,686).

(ARTS. 314 e 315)

172

A sorte da reconvenção é àparte da sorte da ação. Pode dar-se extinção do processo. Pode decretar-se a nulidade de algum ato processual que somente interesse à ação (cf. 8’ Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 8 de abril de 1946, A. J., 79, 91 e R. F., 108, 85), inclusive haver falta de poderes do advogado do autor, acarretando decretação de nulidade ou de ineficácia (3’ Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 12 de julho de 1945, J., 27, 518). A desistência da ação ou a existência de qualquer causa de extinção não repercute na reconvenção (art. 317). A excução de uma faz-se independentemente da execução da outra (4’ Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 23 de outubro de 1950), pois as duas sentenças, formalmente insertas numa só, podem, até, ter carga diferente de executividade, uma ser executável imediatamente (4) e outra mediatamente (3) ou uma ser imediatamente executável ou mediatamente executável e outra somente ter eficácia de preceitilação.

2. Criação histórica da reconvenção No período das legis actiones, o direito romano ignorou a reconvenção. No processo formular, as fómulas tiveram autonomia e fixidez que admitiam poucas exceções, que não vieram até à reconvenção e ficaram nos iudicia contraria. A reconvenção figura na sistemática do processo como exceção ao princípio da independência absoluta das ações contrapostas.

Com a cognitio extra ordinem começou-se no processo romano a admitir a suspensão da execução da sentença quando ainda se não havia decidido a demanda do réu. A crer-se em Leopold Wenger (lnstitutionefl des rõmischen ZivilprozeSsrecht5~ 165), para se obter tal resultado se usava a exceptio doli, inserta na formula judicati. Na legislação justinianéia~ o instituto da reconvenção aflorou, com o fito de realizar a compensação, e não de atender à conexão, como pensava F. C. von Savigny. É interessante observar-se que o recente instituto se fez obrigatório, como de interesse público.

A dificuldade e a raridade das audiências levaram o antigo direito germânico a admitir a reconvenção, de quem quer que fosse, contra o autor, uma vez que essa pessoa se ligara a um juízo. O direito canônico criou o nome reconventio e firmou que o juiz da ação podia conhecer da reconvenção, ainda que não fosse o competente.

Como se vê, a reconvenção acompanhou as situações sociais da Antigúidade~ da Idade Média e dos nossos dias.

no direito luso~brasileiro. Os dois institutOS não se confundem; um é de direito material e outro de direito processual. Os processualistas punham clara a distinção e Manuel Mendes de Castro (Practica Lusitana, 1, 54) apontava o que "non semper habet locum", a compensação~ como atitude repulsandi do réu, dependente da liquidez das dívidas, liquidum ex alterutra parte~ e o remédio da ~~conVençáo, pelo qual o réu chama à lide o autor perante o mesmo juiz. Na sua extraordinaria finura, Manuel Mendes de Castro repeliu a confusão, se bem que notasse o que há de petição de autor,

(Manuel M

na alegação de compensação.endes

Nada obsta a que oce5siOn~no do réu reconvenha

de Castro, Practica Lusitana, 1, 54).

4. Justiça do trabalho No processo da Justiça do Trabalho cabe a 5~convençáo, conforme OS princípios (Tribunal Regional do Trabalho da ja Região, 27 de agosto de 1947, R. de J. B., 77, 80 e a 17 de março de 1950; Tribunal Regional do Trabalho da 2' Região, 1" de março de 1951, R. dos T., 201, 483; sem razão: o Tribunal Regional do Trabalho da 3' Região, a 7 de julho de 1948, M. F., II, 32,0

Tribunal Superior do Trabalho, a 5 de abril de 1950, D. da J. de 7 de julho de 1950, 2094, o Tribunal Regional do Trabalho da 2' Região, a 20 de outubro de 1949 e 27 de fevereiro de 1950, R. dos T., 190, 1012 s.). O que importa saber-se é se para conhecer da ação, que se propõe em ~~conVenção, tem competência a Justiça do Trabalho e foram satisfeitos os pressupostos processuais da

~~conveflçáO.

Art. 315. O réu pode ~> reconvir i>s)7> ao autor no mesmo proce55O~ toda vez que a ~~conveflção 2> seja conexa ~> com a ação principal ou com o fundamento da defesa ‘~) ~>.

parágrafo únicoY~ Não pode~ em seu próprio nome, reconvir ao autor, quando este demandar em nome de outrem

1. Ação do réu Réu, diz a lei. Nos casos em que dá ao juiz a abertura da lide, excepcionalíssimos em direito (1Ne procedat iudex ex officio!)~ ainda aí seria de se lhe negar a ~~onvençáO de ofício. Isso não impede que, ao ter de decidir das controvérsias apresentadas~ o juiz levante questões 105~flrmação que não se enquadra no sistema do CPC. Se o réu aliena a coisa ou o direito 1itigioSO~ continua no processo (art. 42) e ocessionado dele, não sendo réu, não pode reconvr.

106Era esse, literalmente, ote%tO do primitivo § 1~ , tçasisfoflhl8do em parágrafo uni co pelo ast. 20 da Lei n0

9.245, de 26.12.95. que ab~rogOu o § 20, que dispunha que “não se adnlltItã ~~~nVenção nas causas de procedimento sumarissimo . O comentã~io 10 ao Art. 315 ocuPa~se do texto revogado e foi mantido pelo propósito de se preser~’& intacta esta obra de Pontes de Miranda.

(ART. 315)175

prejudiciais. O réu há de ter a capacidade para ser parte e a capacidade processual para a dita ação. É possível que esteja em situação de réu, e não na de poder reconvir. Se os pressupostos subjetivos passivo e ativo são diferentes, o autor pode excetuar de ilegitimidade, incapacidade, etc. A capacidade de ser parte não oferece dificuldade. A capacidade de estar em juízo exige aptidão para processualmente reconvir. O ius postulandi quanto à defesa como réu não inclui necessariamente o de reconvir. Os poderes devem ser expressos.

a)Para que possa caber reconvenção, é preciso que esteja litispendente a ação. Porém, se a citação foi inválida, nem por isso se deixa de considerar validamente proposta a ação que se exerceu com a reconvenção, porque foram satisfeitos os

seus pressupostos processuais (Adolf Schõnke, Lehrbuch, 7’ ed., 198). Todavia, se foi acolhida a exceção de incompetência, no tocante à ação, seria de afastar-se a reconvenção, devido à exigência legal para a propositura da ação, a que corresponderia a reconvenção. A extinção da ação não retira a reconvenção, mas havemos de entender que, se não há ação e se a contra-ação, a reconvenção, a reconvenção, não poderia, como açao pnncípal, ser proposta no juízo, o juiz incompetente não pode julgar a reconvençao.’07

b)A reconvenção há de ser exercida por demandado contra demandante. Por exemplo: por um dos litisconsortes passivos contra qualquer dos litisconsortes ativos. Os assistentes estão excluidos; não os assistentes equiparados a litisconsortes.

c)É preciso, para a reconvenção, que possa ser exercida a contra-ação com o nto processual da ação. O art. 315,

§ 20,IoSé da máxima importância. Só se admite na primeira ou única instância.

2. Reconvenção e exceção A reconvenção é ação. Aí é que se têm de acentuar todos os enunciados a respeito da ação reconvencional, que ére-ação do réu. Sempre que poderia ele ir a juízo propor, de maneira independente, a ação, dado é propor a reconvenção; aliter, se só lhe restaria a via exceptíva, ope exceptionis. Quando a exceção poderia ser exercida em processo à parte, autônomo, pode também ser objeto da ação reconvencional. Não, se só alegável como defesa. Então, o direito subjetivo está

107O juiz da ação, causa principal, é também competente para a reconvenção (art. 109), a menos que a lei exclua a competência dele para julgar a causa objeto da reconvenção, caso em que ela se torna incabível, devendo o réu, então, propor, no órgão judiciário competente, a ação que tencionava ajuizar em demanda reconvencional.

108Ab-rogado (vd. a nota 106). Se o procedimento da reconvenção for adaptável ao da ação, ela écabível, incidindo, mumtir musandis, o principio consagrado no § 2” do art. 292.

desmunido de pretensão, e ter a pretensão é pressuposto essencial da reconvenção; ou é a pretensão que está desmunida de ação.

O valor que se leva em conta para a competência do juiz é o da ação, e nao o da reconvenção, ainda que maior.

Assim se fixou em nosso direito (Manuel Mendes de Castro, Pra ctica Lusitana, 1, 149) contra o aresto 80 de Jorge de Cabedo. Há, porém, problema de direito intertemporal, de que falamos à nota 6) do art. 282.

3. Liame entre a ação e a reconvenção A ligação entre a ação e a reconvenção é pressuposto essencial e um dos mais árduos problemas da técnica legislativa. Depende do que se entende mesmo como reconvenção. Já o vimos, à nota 1) à Seção IV. O fato da propositura de ação, fixando o autor, bastou aos povos germânicos antigos; a mesmidade das pessoas, ao velho direito canônico, que hoje é tão rigoroso. Muitos sistemas adotaram o elemento da "conexidade de ações", outros o da compensação. O pressuposto da conexão levou alguns sistemas jurídicos, ou, pelo menos, a doutrina elaborada dentro deles, a confusões entre a conexão operante quoadforum e a conexão pressuposto objetivo da reconvenção. A Ordenação Processual Civil alemã (§ 33) só se preocupou com a conexão, razão por que os juristas acentuaram, um tanto demais, a cumulação objetiva de ações e se dividiram entre os que viam no § 33 pressuposto de proponibilidade da reconvenção e pressuposto de competência,forum reconventionis (Adolf Wach, Konrad Hellwig, Karl Heinsheimer, contra A. Mendelssohn-Bartholdy, Josef Kohler e Arthur Nussbaum). Os escritores dos países em que o pressuposto era a compensação ou a compensação e outros fatos foram levados, às vezes, a confusões graves com o instituto de direito material.

E de justiça notar-se que a jurisprudência brasileira reagiu contra essa deturpação (e. g., R. de D., 110, 337).

O Codex Juris Canonici de 1917, no Cânon 1.690, deu definição de reconvenção que lhe envolve os pressupostos: "Actio quam reus coram eodem iudice in eodem iudicio instituit contra actorem ad submovendam vel minuendam eius petionem, dicitur reconventio. "~ O réu reage ad submovendam vel minuendam (actoris) petitionem. Foi posta de lado qualquer idéia de conexão, sem que se tenha reduzido a reconvenção a simples exceptio: quaisquer ações, que o réu tenha, para efeitos condenatórios, declaratórios, constitutivos (positivos ou negativos), mandamentais, que

109Embora a atualização legislativa não abranja textos referidos pelo autor para fins de mera ilustração, conforme ressalvado na nota 15 do tomo 1, anote-se que o vigente Código de Direito Canônico, de 25.01 .83. define a reconvenção no cãnon 1494, § 1.

176DA RESPOSTA DO R~U

(ART. 315)

importem elisão, total ou parcial, do pedido do autor, bastam à proponibilidade. O fim, em vez da condição de conexidade, ou compensação, passa a ser o pressuposto necessário e suficiente. Foi aí mesmo que se inspirou o art. 190 do Código de Processo Civil de 1939 “ação que vise modificar ou excluir o pedido”, quer dizer minuere vel submovere.

Seria erro entender-se essa diminuição, ou essa exclusão, em sentido de decréscimo, ou de eliminação só quantitativa. A alteração quantitativa éassaz importante e a mais freqUente. Não é, porém, a única. Desde que o réu tenha ação que, julgada, alteraria o resultado da ação do autor, a reconvenção cabe. Por exemplo: a) A propôs ação contra B, para haver indenização pelo desabamento da casa de B sobre a sua, e B reconvém para haver de Ao que A lucrou com o aproveitamento das pedras do prédio desabado, de que se apropriou; b) A propôs ação para haver de B bens da herança de C, e B reconvém para que se lhe reconheça a qualidade de meeiro de C em bens que já foram, ou não, inventariados; c) A propõe ação contra B porque trabalhadores da fazenda de B invadiram a sua propriedade, e B reconvém para que A construa a cerca do siio de A (ou que se lhe declare ser A obrigado a isso).”0

A reconvenção supõe a conexidade entre a ação de reconvenção e a ação principal, ou com o fundamento da defesa. Para o primeiro requisito o que se supõe é ser comum o objetivo ou a causa de pedir (art. 103):”’ ambos hão de ter o mesmo objeto, ou a mesma causa de pedir. Por exemplo: A propôs ação de condenação de B por ter o réu retirado o muro que limitava os terrenos, um de A e outro de B, mas B reconvém, em ação de condenação, por ter sido A que pagou ao inquilino de B para que se pudesse destruir o muro (e. g., o que A queria era que pudesse, desde logo, iniciada a construção dos alicerces da casa na linha que lhe corresponde, pois o muro fora comum, cf. Código Civil, art. 571). A propôs ação contra B para receber a prestação ou alguma prestação ou a última

prestação, por ter vendido e entregue a B o bem, e B reconvém com a ação para redibir o contrato, enjeitando a coisa, cujos vícios ou defeitos ocultos a tomaram imprópria ao seu uso, ou para reclamar abatimento de preço (Código Civil, arts. 1.101 e 1.105). Outro exemplo de reconvenção por ser conexa com o objeto da ação: A propõe a

110O exemplo oferecido em C dificilmente se enquadraria no art. 315, que exige conexão da reconvenção com a ação ou com o fundamento da defesa. Imagine-se, entretanto, que B se defendesse, alegando que a falta da cerca, que A não construiu, desnorteou seus empregados. Nesse caso, a reconvenção caberia.

111Insuficiente o art. 103 para abranger todos os casos de conexão, ele também não cobre todas as hipóteses de conexão enb~ ela e a ação, referidas no art. 315.

ação de separação contra B por abandono do lar e B reconvém com alegação de adultério.

Quanto à competência para a reconvenção, art. 109.

Nas ações reais, de ordinário o que se alega para exclusão do direito do autor é assunto da contestação, e não de reconvenção. Mas há espécies que a permitem. Se A propõe ação de servidão do prédio vizinho, contra B, pode B reconvir com a alegação de que adquiriu o prédio de A e quer reivindicá-lo. No art. 923 diz-se que, na pendência do processo possessório, é defeso assim ao autor como ao réu intentar a ação de reconhecimento do domínio. Pode dar-se, porém, que entre o fundamento da reconvenção e o da ação principal haja conexão, e não se há de vedar a reconvenção, ou que as duas ações sejam conexas (art. 315). A proibição geral da reconvenção nas ações reais de imóveis que constava do Código de 1939, art. 191, V, o Código de 1973 retirou. Quanto à atitude do réu na ação possessória, se se diz ofendido na sua posse, pode ele (art. 922) “demandar”, na contestação, a proteção possessória e a indenização pelos prejuízos causados pela turbaçáo ou pelo esbulho cometido pelo autor. Aí, de certo modo, o legislador embutiu na contestação a ação de reconvençao.

Quanto ao procedimento sumaríssimo, pode haver renúncia pelo autor, ou, se a reconvenção seria de procedimento sumaríssimo, renunciar a ele (cf. art. 292, § 2o).112

A diminuição ou absorção do pedido do autor pelo pedido do réu, que a reconvenção pressupõe, pode dar-se: (a) ou pela reconvenção em que o réu reconvém com demanda de atividade futura do juiz, através da sentença condenatória, para executar o autor por valor maior, igual, ou de parte do pedido do autor, ou através de sentença com reserva, ou de sentença para o futuro (e. g.,) mútuo para a próxima colheita; (b) ou pela reconvenção em que o réu pede a declaração de existência ou inexistência de relação jurídica, ou de autenticidade ou falsidade de documento, importando, ainda que implicitamente, diminuição ou absorção do pedido do autor; (c) ou pela

112Alude o texto, obviamente, às aç6es a que o Código passou a denominar sumárias, depois do advento da Lei n” 9.245, de 26.12.95. O § 1” do Art. 278, resultante dessa lei, permite ao réu, na contestação, formular pedido em seu favor, desde que fundado nos mesmos fatos da inicial. Nas açfles sumaríssimas, dos juizados especiais, regidos pela Lei n” 9.099, de 26.09.95, não se admite reconvenção, mas o réu pode, na contestação, formular, em seu favor, pedido, que caiba no art. 3” daquele diploma (pedido contraposto cf. o parág. único do art. 17 da lei aludida), desde que fundado nos mesmos fatos que constituem objeto da controvérsia (art. 31). Esses pedidos do réu constituem as reconvençúes embutidas na contestação de que fala o comentarista. Se o réu tem ação contra o autor, a qual, proposta isoladamente, seguisse o procedimento sumário, ou o sumaríssimo, poderá exercé-la por meio de reconvenção, desde que adaptável o procedimento dela ao da ação, e competente o juiz.

reconvenção constitutiva, quer positiva quer negativa, quiçá resolutiva, como a reconvenção do réu cujo pedido importa resolução do pedido do autor (e. g., depois do contrato sobreveio diminuição do patrimônio da outra parte); (d) ou pela reconvenção em que parte ou toda a futura execução fica elidida pela sentença de mandamento.

Comparando-se o texto de 1973 e o de 1939, tem-se de atender àdiferença de algumas expressões. Enquanto, no art. 190 do Código de 1939, se dizia que “o réu poderá reconvir ao autor quando tiver ação que vise modificar ou excluir o pedido”, no Código de 1973, art. 315, lê-se que “o réu pode reconvir ao autor no mesmo processo, toda vez que a reconvenção seja conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa”. Na conexão há de haver elemento objetivo comum às causas (cf. art. 103).113 Não havia a mesma largueza, mas, no próprio direito anterior, havíamos de atender a que existia pretensão do réu a propor ação

conexa com a ação principal, ou com o fundamento da defesa. Se uma contra-ação modifica ou exclui a ação, há conexão com a ação principal e com os seus fundamentos.

4. “lus reconveniendi” Quando a reconvenção cabe, há direito do réu a reconvir, jus reconveniendi; e não é de se afastar o interesse do Estado em que se reconvenha quando seja caso, pois a certos momentos esse interesse público de simplificar e unificar a atividade judicial se pôs em relevo, através da História.

5. Quando há de ser proposta a reconvenção O problema técnico do tempo em que há de ser proposta a reconvenção nem sempre teve a mesma solução nos diferentes sistemas jurídicos. Ora só se preexclula segunda instância, ou as acima, havendo-as de modo que fica livre ao réu propô-

la a qualquer momento, até a sentença definitiva, ainda ressalvado o caso da comparência tardia do revel; ora se exclui todo o tempo, desde a dilação probatória ou a instrução da causa (solução francesa); ora se fixa o momento dapropositura, in limine litis. O Código de Processo Civil de 1939, art. 190, 2~ parte, estatula que “a reconvenção será formulada com a contestação”. Não concordamos com tal solução. Daí termos escrito: “O

Código de Processo Civil poderia ter adotado, sem perturbação do seu sistema, qualquer momento, até se encerrar a instrução ou o trato oral (Ordenação Processual Civil alemã, § § 278 e 280, ou o critério de utilidade a posteriori, como se fez no Codex luris Canonici, cânon 1.630, § 10:

“Actiones reconventionales satius statim post litis contestationem, utiliter quovis iudicii momento, ante sententiani tamem, proponi possunt”).”4

Não importa se a ação tem de ser proposta em juízo de primeira instância ou singular, ou se, em virtude de lex specialis, há de ser em instância única, ou perante juiz coletivo. Há reconvenção nos litígios entre Estados estrangeiros e a União, ou os Estados-membros, o Distrito Federal, ou os Territórios ou os Municípios, nas causas e conflitos entre a União e os Estados-membros, ou entre Estados-membros ou em que esteja Território, e nas ações rescisórias dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal. Idem, em se tratando de causas que hajam de ser propostas perante os Tribunais de Justiça.

6. União das petições e simultaneidade dos processos A união das duas mutuae petitiones pode corresponder à união mesma das ações, e pode não corresponder. Seja como for, o processo é um, simultaneus processus, porém as relações jurídicas processuais, as demandas são duas: pode cada uma das relações jurídicas processunis extinguir-se sem a outra e dar-se a suspensão, ou a extinção do processo. Por ai se vê bem a diferença entre processo e demanda.

Se há muitos autores, a reconvenção pode ser só contra um, ou alguns, ou todos; ou haver mais de uma reconvenção contra um, alguns, ou todos. Se há muitos réus, pode dar-se somente um ou alguns reconvirem, ou reconvirem todos; e contra o autor ou contra um, ou contra alguns, ou contra todos os autores. Se, por exemplo, com a reconvenção, algum dos autores litisdenuncia alguém, a reconvenção é reconvenção para o autor litisdenunciante e ação principal para o litisdenunciado. Talvez mesmo o litisdenunciado reconvenha, ficando o réu reconvinte autor da sua reconvenção e réu na reconvenção do litisdenunciado. Se é o réu quem litisdenuncia e reconvém, a reconvenção é dele, e não do litisdenunciado, que também pode ingressar e reconvir.

7. Reconvenção à reconvenção Quanto ao problema da reconventio reconventionis, andaram com extrema facilidade, dada a aspereza do caminho, os que, entre nós, o trataram, após o Código de 1939. Não é ocioso reexaminar-se se é certo que a lei anterior proibia que o reconvindo reconviesse. Se ele preenche, com ação que poderia propor separadamente (ou em reconvenção, quando o réu propusesse a ação que ora faz reconven114

Aliter, o cãnon 1463, § 1 do Código de Direito Canônico, de 25.01.83: “as açôes reconvencionais não se podem propor validamente, a não ser no prazo de trinta dias após a contestação da lide”.

cional), todos os requisitos do art. 315 e §§ 10 e 20 , para reconvir, ~como negar-se-lhe o ius reconveniendi?

Alguns sistemas jurídicos expressamente repeliram a reconvenção da reconvenção. Daí brocardos jurídicos que o exprimem, mas hão de ser recebidos

como lugares comuns de sistemas que tinham lei vedativa: * Reconventio reconventionis fleri non potest, ou * Reconvention sur reconvention ne vaut, etc. Ainda há anos, o Codex luris Canonici, cânon 1 .69O,”~ teve de repetir: “Reconventio reconventionis non admittitur”. Foi a fonte do Código de Processo Civil de 1939, ao ter de resolver o problema do nexo da reconvenção, que é o mais grave deles. O

Código de 1973 também não seguiu o caminho do direito canônico.

Onde não se dispôs em lei, a controvérsia persiste, com os melhores autores a favor da permissão. Por exemplo, Adolf Wach e Richard Loening, na Alemanha; G. Vitali, Ascoli-Cammeo, A. Castelíari, Giuseppe Chiovenda e Nicola Jaeger, na Itália. (1) Argumentos pró: a) o autor ficaria em situação desfavorável, surpreendido talvez com a reconvenção do réu ligada a alguma parte de outro negócio jurídico que ele não levou ajuizo, e assim se quebraria o princípio de igual tratamento das partes; b) o ius reconveniendi é de todos os que se encontram na situação de réu, e até pode ocorrer que a reconvenção peça mais do que o pedido dele, na ação principal; c) os motivos de interesse público para se poupar a atividade judicial são os mesmos para o caso do autor como do réu; d) o Código de 1973 não fixou

116

o tempo para reconvír. (2) Argumentos contra: a) o autor devia ter proposto a sua ação com o pedido, que fez, e o da reconvenção de reconvenção que agora pretende; b) o Código de Processo Civil de 1939 mandou que a reconvenção fosse apresentada com a contestação, e não seria possível, depois, a reconvenção do autor. O receio de Johann Voet de que se multiplicassem ao infinito varia ilia litium multiplicatio inter eosdem era sem razão: ações, máxime entre só duas partes, são sempre em número finito e esse logo se exaure. Não havia razão para se afirmar que não tinha a reconvenção de reconvenção. A lei processual não a vedava; a interpretação da lei processual não encontrava base contrária a ela. Com mais profunda razão hoje, pois o Código de 1973 não fez ligada à contestação a reconvenção, nem sequer a outro 117

115No vigente Código de Direito Canônico, o cãnon 1494, § 2: “Reconventio reconventionis non admittitur.” 116Vd. os arts. 297 e 299. Este ditimo, usando o advérbio simultaneamenre, detennina que a reconvenção se deduza no momento

mesmo da contestação, devendo ser apresentada com ela e não depois, ainda que no curso do prazo. Nesse sentido, o próprio autor, no comenmi-io 1) ao art. 316.

117 Vd.anotall6.

1

1

5

181

(ART. 315)

8. Relação jurídica processual da ação Pode haver desistência da ação ou extinção do processo (2~ Turma do Supremo Tribunal Federal, 24 de janeiro de 1950, R. F., 130, 113; O D., 76, 79), ou por outro modo se desfazer ou cessar a relação jurídica processual da ação sem que o fato atinja a reconvenção, que é outra ação e outra relação jurídica processual, no

lis

mesmo processo pela conexao.

9. Princípio da identidade bilateral A identidade do réu da ação e do autor da reconvenção é essencial. Tal identidade não exclui a reconvenção por um dos réus, se são muitos, e não pelos outros, ou por alguns; nem o réu que só apresenta reconvenção, e se abstém do contestar. Os que se substituem ao réu, e, pois, são réus, em virtude da substituição subjetiva, e os que, por qualquer figura de direito processual, vão sofrer as consequências da sentença e, pois, execução eventual, podem reconvir, equiparados a réus como são (e. g., o litisdenunciado).

A identidade, aí, não é a da pessoa ffsica, mas a identidade subjetiva de direito, tanto entre o autor da ação e réu da reconvenção quanto entre o réu da ação e autor da reconvenção, produzindo-se a dupla identidade de sujeito (eadem persona) em duas ações diferentes.

O réu não pode reconvir contra o autor se esse demanda em nome de outrem,

nem no próprio nome se o autor demanda a outrem e ele, réu, responde em nome de outrem. O Código de 1973, como o de 1939, escreveu:

“Não pode o réu (A), em seu próprio nome (de A), reconvir ao autor (C)”. O réu não pode reconvir ao autor quando esse demandar em nome de outrem, em nenhum caso, e não apenas quando o réu reconvém “em seu próprio nome”. Todas essas expressões “em seu próprio nome~~, “em nome de outrem”, são demasiado vagas e perigosas: Os exemplos do tutor do menor de dezesseis anos, ou do curador do louco, que os comentadores estão a dar, são sem qualquer pertinência. Em tais ações, autor é o menor, ou o louco. O tutor não é autor; nem o é o curador. O Código de 1939 tirou o art. 191 ao ler o Código de Processo Civil de Minas Gerais, art. 215, que dizia: “Para a reconvenção devem as partes apresentar-se na mesma qualidade pessoal em que figuram na causa, não podendo ser reconvindo, em seu próprio nome, o que demanda em nome alheio”. Estava certo, posto que bastasse a primeira parte, abrangente do caso da segunda parte e de outro caso, não expresso na regra jurídica o de não poder o que defende em nome alheio reconvir no seu próprio nome. O que está no art. 315, § 10,119 do Código de 1973 estava no art. 191 do Código de 1939. Entenda-se, porém, que podem reconvir os que substituem o réu e, por isso, substituem ao réu na reconvenção. Idem os litisdenunciados (art. 70).

CAMrf M~ ~.N.ypflSflAHIO II

119 Art.315,parágrafOúnico(vd.anOta 106). ..-

118 Vd.oart.317..,1

~ arwrIflA

Ao comentarmos o art. 191 do Código de 1939 dizíamos: “O que está no art. 191 do Código de Processo Civil é sem sentido. Fazer leis é missão de grande responsabilidade”.

10. Preexclusão da reconvencionalidade120 O Código de 1973, art.

315, § 20, não admite reconvenção nas causas de procedimento sumaríssimo. Assim, não há reconvenção: nas causas cujo valor não exceder vinte vezes o maior salário mínimo, isto é, o salário mínimo do momento da propositura da

ação; nas ações de reivindicação de bens móveis e de semoventes; de arrendamento rural e de parceria agrícola; nas ações de responsabilidade pelo pagamento de impostos, taxas, contribuições, despesas e administração de prédio em condomínio; de ressarcimento de dano causado em prédio urbano ou rústico; nas ações de reparação de dano causado em acidente de veículo; de eleição de cabecel; das ações que tiverem por objeto o cumpnmento de leis e posturas municipais quanto à distância entre prédios, plantio de árvores, construção e conservação de tapumes e paredes divisórias; nas ações oriundas de comissão mercantil, condução e transporte, depósito de mercadorias, gestão de negócios, comodato, mandato e edição; nas ações de cobrança da quantia devida a título de retribuição ou indenização, a depositário e leiloeiro; nas ações de proprietário ou inquilino de um prédio para impedir, sob cominação de multa, que o dono ou inquilino do prédio vizinho faça dele uso nocivo à segurança; sossego ou saúde dos que naquele habitam; do proprietário do prédio encravado para lhe ser permitida a passagem pelo prédio vizinho, ou para restabelecimento da servidão de caminho, perdida por culpa sua; nas ações para cobrança de honorários dos profissionais liberais, ressalvado o disposto na legislação especial.

A propósito das ações de despejo, discutiu-se, sob o Código de 1939, art. 192, IV, a permissibilidade da reconvenção, e assente ficou que se trata de ação executiva (cf. Sentença do Juiz de Direito de Birigui, Diário de São Paulo, 13 de fevereiro de 1962: “A natureza executiva do processo que se instaura com a ação de despejo é indiscutível como bem o demonstrou Pontes de Miranda, na Parte 1, do Tomo III, de seus Comentários, 265 e 266), que a ação de despejo “tem eficácia executiva contemporânea àsentença”, acrescenta o insigne mestre, na Parte II, o que segue: “ação de despejo é executiva. O art. 352 mostra que a execução é sua força, e não só efeito de sentença condenatória”.

A desistência da ação ou a existência de qualquer causa que a extinga não obsta ao prosseguimento da reconvenção (art. 317). Portanto, se tal ocorre, a sentença é sobre a reconvenção, e não sobre a ação: não há mais a ação, mas persiste a contra-ação, que, diante da falta do oposto, do contra, passa a ser a ação que é assunto único da sentença.

Dizer-se que o indeferimento da petição inicial põe fim à ação reconvencional, mas não extingue o processo, porque o réu reconvém “ao autor no mesmo processo” (art. 315), de modo nenhum justifica que se faça o recurso, em vez de apelação, ser agravo de instrumento. Oferecida a petição de reconvenção não se

põe desde logo nos autos: o tratamento é o mesmo da petição inicial da ação, portanto é absurdo pensar-se em agravo de instrumento. Há apelação sempre que o juiz indefere a petição inicial (art. 267, 1). Aí, apenas há, quer se trate de ação, quer de contra-ação (reconvenção), do primeiro ato processual que parte do juiz: houve o ato do autor, que inicia o processo e o indeferimento, que decide não o deixar prosseguir. ~Por que poderia haver apelação de quem propôs ação e teve indeferida a petição inicial e não poderia haver de quem propôs a contra-ação, a reconvenção, e teve indeferimento? Não tem razão José Frederico Marques (Do Processo de Conhecimento, Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil, 44s.) nem J. J. Calmon de Passos (Comentários, III, 323) nem Carlos Silveira Noronha (Do Agravo de instrumento, 208 s.).

O Código de 1973, além de ter o art. 267, 1, estatui no art. 262 que o processo começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial. Com o indeferimento da petição inicial afasta-se o impulso, o prosseguimento, e desse ato negativo do juiz cabe apelação (art. 267, 1). Se à apelação se der provimento, tem-se a reconvenção coíno proposta desde aquela data.

No Código de 1939, art. 192,1V, dizia-se não se admitir a reconvenção nas ações executivas. O Código de 1973

não mais o reproduziu. Ora, se a ação é executiva de titulo judicial ou de título extrajudicial, há outra espécie de contra-ação, que são os embargos do devedor. Nelas não cabe reconvenção; podem ser opostos embargos do devedor (art. 583-590, 736-747).

Não digamos, porém, que não se pode reconvir em todas as outras ações executivas.

Pergunta-se: ~pode haver reconvenção em ações relativas ao estado e capacidade das pessoas, salvo as de separação judicial, ou de divórcio, ou de invalidade do casamento? No Código de 1939, art. 192, 1, havia regra jurídica relativa a isso. Na Lei n0 6.515, de 26 de dezembro de 1977, o art. 36, que alude ao art. 35, relativo à conversão da separação judicial dos cônjuges em divórcio, afasta a possibilidade de reconvenção.

g

DA RESPOSTA DO RÉu

184

Na ação de alimentos, ação condenatória, não se proibe a reconvenção. Antes, vedava-ao Código de 1939, art.

192,11. Hoje, a reconvenção somente não cabe se o procedimento é sumaríssimo (art. 275, 1), isto é, se se trata de causa cujo valor não excede vinte vezes o maior salário mínimo vigente no pais.

No Código de 1939, art. 192, III, não se admitia a reconvenção se a ação era de depósito. Hoje, a ação é assunto dos arts. 901-906 e não se lhe dá o procedimento sumarissimo.

No Código de 1939, art. 192, V, não havia reconvenção se a ação versava sobre imóveis, ou direito a eles relativos. Hoje, o Código de 1973, art. 275, somente a exclui se o processo é sumaríssimo.

No Código de 1939, art. 192, VI, exigia-se que o processo da reconvenção tivesse de ser o mesmo da ação.

Hoje, só se afastou a reconvencionabilidade se o procedimento é sumaríssimo.

Na reconvenção pode haver cumulação de ações compatíveis (cf. art. 292e§§ 10e20).

Hoje, o art. 315, § 20, diz que se não admite a reconvenção nas causas de procedimento sumaríssimo. No direito anterior, com o art. 192, VI, do Código de 1939, não se admitia a reconvenção nas ações que tivessem processo diferente do determinado para o pedido que fora objeto da reconvenção. Agora, apenas de excluir a reconvenção nas causas de procedimento sumaríssimo. Pergunta-se: ~,só é exigido que não seja sumaríssimo o processo da ação principal, ou que não sejam sumaríssimo o processo da ação principal e o da reconvenção? Temos de responder a várias questões. a) Se o autor empregou o procedimento ordinário, como ocorre para haver correlação (art. 292, § 20), o reconvinte, que tem ação de procedimento ordinário, nenhum obstáculo encontra.

b) Se o autor não empregou o procedimento ordinário, e sim o sumarissimo, o art. 315, * 2~, explicitamente veda a reconvenção. c) Se o procedimento para a ação de reconvenção é que teria de ser sumarissimo, pode o reconvinte usar o rito ordinário. Temos de partir do principio da renunciabilidade dos procedimentos especiais ou sumaríssimos em proveito do processo ordinário.

Também não se há de negar a reconvenção a quem é réu em ação em que, sendo a questão só de direito ou de fato, não haja necessidade de produzir prova em audiência (art. 330,1). Se há esse julgamento antecipado, não se retira ao réu a propositura da reconvenção, mesmo se nessa e necessária a produção da prova em audiência.

(ART. 316)

185

Art. 316. Oferecida a reconvenção, o autor reconvindo será intimado2), na pessoa do seu procurador, para contestá-la') no prazo de quinze (15) dias3).

1. Contestação da reconvenção Impugnar, dizia o Código de 1939, o que repelimos; e frisamos que de

"contestação" falava, com mais propriedade, o Reg. n0 737, de 1850, art. 105. Se o réu reconhece o fato em que se fundou o autor e lhe opôs outro, atinente à pretensão, a lei dá prazo ao autor para responder ao réu e produzir, querendo, prova contrária. Isso nada tem com a reconvenção, que necessariamente contém matéria elidente, em parte ou no todo, do pedido do autor. Findo o prazo para a contestação do autor e saneados os autos, designará o juiz audiência para a instrução simultânea de ambas as demandas, a fim de que se discuta a matéria de ambas e se profira a sentença para as duas.

A reconvenção corre igual passo com a ação (cp. Aviso n0 9, de 11 de janeiro de 1838, § 20). Por isso tem de ser apresentada com a contestação (art. 315).

A decisão que não admite a reconvenção é de tratar-se como a que indefere a petição inicial. Quando o juiz indefere, ab initio, a petição inicial, por inepta, ou por ser ilegítima, ad processum, a parte, tinha-se entendido que o recurso era o do agravo, porque "terminar" e "não começar" se equivalem: fazer sair da

relação jurídica, sem julgamento do mérito, e não deixar entrar importam no mesmo. Sem razão, hoje; porque o recurso é o de apelação. Cf. quanto ao direito anterior, a 4’ Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 13 de maio de 1947(0 D., 50,270), 3’ Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 26 de setembro de 1946 (J., 28, 567), 2’ Câmara do Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, 10 de agosto de 1945, Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará, 18 de fevereiro de 1952 (R. dos T., 215, 336), e 25 de agosto de 1952 (J. e D., VII, 168), 2’ Turma do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, 6 de fevereiro de 1950 (R. do T de J., V, 52), e 2’ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 26 de setembro de 1950 (R.

dos T., 189, 876).

A diferença do Código de 1939, diz o Código de 1973, no art. 316, que a citação (dita intimação) é feita na pessoa do seu procurador para contestá-la. Passa-se o mesmo a propósito da oposição (art. 57: “na pessoa dos seus respectivos advogados”). O Código de 1939 também não tinha tal exceção ao principio de ter de ser citado o demandado. A ratio legis consiste em se ter o advogado da parte como outorgado, em virtude da lei, para receber citação se ocorre oposição (art. 57) ou reconvenção (art. 316).

Abriram-se exceções ao que consta do art. 38 quanto às citações iniciais: passará a ser feita em se tratando de opostos, ou de reconvindos, aos advogados das partes. Levou-se em consideração que já havia uma relação jurídica processual, bem como a função do advogado ou procurador, e outra surge, em senso oposto, que é a relação jurídica processual da oposição ou da reconvenção.

Surge um problema: no art. 57, alude-se a “respectivos advogados” dos opostos, e no art. 316, ao “procurador” do reconvindo. Se há procurador que constitui advogado, ~,corta-se aquele ou esse? Temos de entender que o Código de 1973 chamou procurador ao advogado, como bem fez no art. 57.

Tanto nas espécies do art. 326 quanto nas do art. 327, a alusão à prova documental é somente para que o autor a produza ao falar nos autos. A remissão ao art. 301 é para que o autor seja ouvido, no prazo de dez dias, se as alegações do réu não concernem ao mérito, mas apenas à inexistência ou nulidade da citação, à incompetência absoluta, à inépcia da petição inicial, à perempçáo, à litispendência, à coisa julgada, à conexão, à incapacidade da parte, ao defeito de

representação ou à falta de caução ou de outra prestação que a lei exige como preliminar.

O que se estabelece, e nem podia deixar de ser assim, é que primeiro se apreciem e julguem tais questões. O

prazo para o autor é de dez dias (art. 326).

Se foi oferecida a reconvenção, o prazo para que o autor reconvindo conteste é de quinze dias (art. 316).

Pergunta-se: se, na reconvenção, o réu reconvinte alegou matéria constante do art. 301, j,qual o prazo? Aí, o prazo é de dez dias. Se foi o reconvindo que, na contestação, cogitou da matéria do art. 301, tem o reconvinte o prazo de dez dias. Dá-se o mesmo se o reconvindo reconhecer o fato ou os fatos em que se fundou a reconvenção, mas lhe opóe fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reconvinte (art. 326).

2. Intimação do autor A ciência de que houve reconvenção tem-na o autor por "intimação", e não "citação". O

Código, com isso, excetuou o seu próprio sistema, chamando intimação o que, ainda com forma diferente, citação é. Bastaria conservar o nome à coisa, evitando que lhe dessem outras roupas. Por outro lado, fica o autor em situação de desigualdade em relação ao réu, pois não lhe dão o mesmo tempo para informar o advogado, ou saber, sequer, que o seu advogado foi "intimado". O Reg. n0 737, art. 103, dispensara a citação; mas existiam, então, réplica e tréplica.

O autor, que é o réu na ação de reconvenção, não é citado mas intimado, posto que já se haja estabelecido outra relação jurídica processual, cuja angularidade se quer. A razão que a lei tem para isso é a de a ação de reconvenção ser "no mesmo processo" (art. 315), o que dá à intimação a eficácia da citação. Trata-se de outra relação jurídica processual metida no mesmo processo.

O reconvindo, autor da outra ação, é intimado, na pessoa do seu advogado, para contestar, no prazo de quinze dias. Pode acontecer que o advogado seja o próprio autor, que, nas espécies do art. 36,2' parte, postulou em causa própria.

Pode ter havido litisconsórcio, assistência ou intervenção na ação, e haver ou não haver na reconvenção; ou vice-versa. Tudo depende da natureza do pedido, quer na ação, quer na reconvenção. Pensa-se o mesmo com a nomeação à autoria e a litisdenunciação. Uma vez que há duas relações jurídicas distintas, tem-se, a respeito de outros atos, de atender ao que acima ficou dito.

Se, oferecida a reconvenção, não foi intimado o autor ou seu procurador para impugná-la, tem o juiz de exigir que se intime para que se prossiga no procedimento, de acordo com os princípios. Se não foi intimado o autor, nem sobre ela falou, suprindo-se a falta conforme o art. 214, § 1~, ou dando-se o que se prevê no art. 214, § 2~, o processo é nulo desde o momento em que insolidamente se prosseguiu (cf. 1’ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 4 de outubro de 1945, R.F., 105, 320).

3. Recurso da decisão que não admite a reconvenção Da decisão que não admite a reconvenção cabe apelação, e não agravo de instrumento: o pedido reconvencional há de ser tratado como o pedido do autor; bem assim, o pedido contra-reconvencional do autor. A jurisprudência é assentet22 (no direito anterior, 2’ Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, 28 de julho de 1948, R. dos T., da Bahia, 40, 177; 1’ Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 29 de abril de 1948; 3’ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 24 de julho de 1946, R. dos T., 165, 791). Sem razão, a 4’ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 12 de novembro de 1946, a 2’ Câmara Civil, a 26 de novembro de 1946 (R. dos T., 166, 116), a 6’ Câmara Civil, a 9

de abril de 1948 (174, 270), aS’

122 A jurisprudência do Codigo de 1973 é assente no sentido de que cabe agravo da decisSo que não admite a reconvenção (cf. anota P ao art. 318 do CPC de Theotonio Negráo, 27 cd., Saraíva, 5. Paulo, 1996, p. 276). Se se entender cabível a apelação da sentença de indeferimento da inicial da reconvenção , o art. 296 e seu parágrafo único, obviamente, incidem.

Câmara Civil, a 28 de maio de 1948, e as Câmaras Civis Conjuntas, a 28 de março de 1948 (174, 798 e 838). O

que o juiz pode fazer é ordenar que se junte a contestação e não se junte a reconvenção, ou que se desentranhe, se foi junta por falta de exame prévio. O

argumento da ia Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a 13 de abril de 1950 (R. F., 133,426), que diz não se ter posto fim ao processo com o despacho de não recebimento, é de repelir-se. A reconvenção é ação que se quer propor com o mesmo procedimento, mas é outro processo, não só outra ação. A Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará, a 18 de setembro de 1952 (J. e D., VIII, 257), parece responder-lhe: “A decisão que não admite a reconvenção é terminativa do processo principal sem lhe resolver o mérito”. Hoje, os arts. 513, 267 e 522 é que importam.

A ~a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 17 de março de 1950 (R. dos T., 186, 278), entendeu que o recurso seria o de agravo no auto do processo, o que depois negara (15 de agosto de 1952, 204, 278).

Hoje, não há dúvida: o recurso é o de apelação. 123

Art. 317. A desistência da ação’), ou a existência de qualquer causa que a extinga2), não obsta ao prosseguimento da reconvenção.

1. Desistência da “ação” Quanto à desistência, uma vez que duas são as relações jurídicas processuais, embora no mesmo processo, se o autor desiste da sua ação, ou adveio qualquer sentença que extinga a relação jurídica entre o autor e o Estado e o Estado e o réu, a reconvenção não éatingida. Não se diga que a relação jurídica processual na ação e a relação jurídica processual na reconvenção sejam a mesma, erro em que alguns incidem: o que é o mesmo é o processo. Na ação, há a angularidade (autor Estado, Estado e réu) e também na reconvenção (reconvinte e Estado, Estado e reconvindo). A relação jurídica processual que deixou de existir não corta a outra relação jurídica processual. No mesmo processo estiveram; uma se vai, a outra fica.

Nem no Código de 1973, nem no Código de 1939, art. 194, há referência a desistência ou outra causa de extinção da relação jurídica processual de reconvenção; mas havemos de interpretar que era dispensável ir até aí. Quando se desiste da reconvenção, alguma causa houve para a extinção da relação jurídica entre reconvinte e Estado (mais Estado e

123.As opiniões do comentarista e do atualizador são vencidas na jurispnidência hodierna, que prefere o agravo (vd. a nota 122).

reconvindo). Se o réu desiste da reconvenção, nem por isso deixa de prosseguir a ação. O art. 317 tratou da hipótese inversa: se o autor desiste da ação, prossegue a reconvenção. Pode dar-se que ambos desistam, de comum acordo, das duas ações. O abandono de uma das ações não prejudica a outra, podendo dar-se suspensão ou extinção do processo quanto a uma só.

Se o autor desistiu da ação, antes ou depois de apresentada a contestação, não se tire, por simples ilação, que da reconvenção desistiu o réu, se já intimado o autor, ou se só despachadas pelo juiz a contestação e a reconvenção.

A reconvenção é outra ação. Tem sorte própria. Se o autor desiste da ação, tem o juiz de apreciar se houve prejuízo para o réu, ou se não houve. De qualquer modo, a intimação pode fazer-se ao autor, se ainda não foi feita, e é como citação inicial se o juiz despacha a desistência.

2. Renúncia da ação Tampouco obsta ao prosseguimento das reconvenções a renúncia da ação. Nem, a fortiori, a da ação (direito material).

Art. 318. Julgar-se-ão na mesma4) sentença’)’) a ação e a reconvenção2).

Sentença única As duas ações são julgadas na mesma sentença. As duas relações jurídicas processuais têm sujeito comum: o juiz, órgáo do Estado. Os outros sujeitos não são os mesmos de cada pólo relacional, porque a identidade é entre autor de uma e réu de outra. O juiz, ao redigir a sentença, faz o relatório das duas ações, analisa os fundamentos de fato e de direito de ambas, e a decisão referir-se-á, naturalmente, às duas. Não épreciso que separe os relatórios, ou as análises, ou os julgamentos; o que éde mister é que aluda a uma e outra, distintamente, separadamente, no decidir. A jurisprudência a respeito deve ser recebida com cautela. Não écerto que o reconhecimento da contestação prejudique implicitamente a reconvenção, como parecera ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina (20 de dezembro de 1920) e ao Tribunal de Justiça de São Paulo (18 de julho de 1897

e 14 de agosto de 1907). Pode dar-se; porém não sempre.

O Código de 1973, nos arts. 315-318 e fora deles, não se refere ao tempo especial da propositura da reconvenção, que é outra ação. Tratou-se em pé de igualdade com a contestação e as exceções, ao dizer-se que o réu pode oferecer,

no prazo de quinze dias, em petição escrita, dirigida ao juiz da causa, contestação, exceção e reconvenção (art. 297).

O art. 318 diz que se julgam, na mesma sentença, a ação e a reconvenção. ~Como se há de entender o momento em que o réu não mais pode reconvir? A solução foi e é a do direito canônico. Pode ser proposta a reconvenção na contestação; assim se leva em consideração que precisa haver tempo suficiente para que a ação e a reconvenção sejam julgadas na mesma sentença.

A regra jurídica de se julgarem na mesma sentença a ação e a reconvenção é velha em nosso direito ("sunt decidendas una sententia"). Porém Manuel Mendes de Castro (Practica Lusitana, II, 130) explicou que isso se dispensa quando o terem de decidir-se as duas numa só sentença injustamente adiaria uma delas, já pronta para ser julgada ("nisi prius de una quam de alia liqueat tunc una per aliam non remoratur, sed de qua prius liqueat prius quoque terminetur").

O art. 318 estatui que se julgarão na mesma sentença a ação e a reconvenção, tal como estava no Código de 1939, art. 195. Não se diga que o nexo entre as duas ações o impunha. Seria cortar-se, cerce, o princípio da autoria das ações.

Passemos ao exame de algumas espécies. Proposta a reconvenção, pode acontecer que o autor tenha deixado de promover os atos e diligências que lhe competiam ou tenha abandonado a causa (a ação que ele propôs) por mais de trinta dias. Ai, o juiz julga extinto o processo sem julgamento do mérito (art. 267,111); e seria absurdo que o juiz somente pudesse dar essa sentença, julgando nela a reconvenção, na qual não houve abandono por parte do reconvinte. Se, a propósito do pedido do autor, o juiz tem de julgar a perempçáo, a litispendência ou a coisa julgada (art. 267, V) no tocante à..ação, e se isso não atinge a reconvenção, não está ele adstrito a julgar na mesma sentença a ação e a reconvenção, uma vez que o momento não é adequado para isso. Noutras espécies do art. 267 pode acontecer o mesmo. Não só do art. 267. No art. 269, se o autor renuncia ao direito sobre que se funda a ação, nem sempre seria caso para se julgar, desde logo, o mérito da reconvenção.

Se o juiz tem de julgar antecipadamente a ação (art. 330, 1) e isso não acontece quanto à reconvenção, seria de repelir-se que pudesse antecipar o julgamento da reconvenção. Se a antecipação cabe quanto à reconvenção, e não quanto à ação, temos de pensar como acima. A interpretação do art. 318 há de ser no sentido de

ser para as espécies em que, com ele, não se prejudica o autor ou o réu ou o reconvinte ou o reconvindo.

A sentença que decide a ação e a reconvenção tem de atender, para cada uma, o que para ela se exige. A simultaneidade do julgamento supõe que ela seja possível. A sentença tem de atender ao que antes se julgou.

Tenha-se em consideração que, por exemplo, o julgamento antecipado da lide é um incidente, e o mesmo incidente pode não aparecer na outra ação,

que correu no mesmo processo. Se, com a desistência da ação ou da reconvenção, não há eficácia para a outra relação jurídica processual, seria absurdo que se não desse trato igual a circunstâncias semelhantes.

2.Separação dos julgamentos j,Quid iuris, se o juiz separa os julgamentos em duas sentenças? Nem a requerimento das partes, nem de ofício, pode o juiz desmembrar os processos. O ius reconveniendi existe; não se pode privar dele aparte. O art. 318 é expresso. A discussão travada noutros sistemas jurídicos deve ser posta de lado, diante da lei nova. Se o juiz separou os julgamentos, há nulidade, mas o art. 250 é invocável.

3. Recurso Da sentença nas duas ações cabe o recurso de apelação, salvo se a lei deu outro recurso à sentença na ação principal. É possível o recurso ordinário ou extraordinário124 afetando só uma parte da sentença; outrossim, a ação rescisória da sentença sobre a parte referente à ação ou sobre a parte referente à reconvenção.

4. Unidade só formal da sentença O juiz tem de julgar a reconvenção. Não basta que da sentença sobre o pedido da ação se possa inferir que se julgou a reconvenção (6~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 21

de novembro de 1947, R. dos T., 173, 724; é perigoso admitir-se julgamento implícito, como fez a Turma Julgadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, a 10 de janeiro de 1947, R. F., 114,460, mais ainda como decidiu a ia Turma do Supremo Tribunal Federal, a 27 de abril de 1951, 139, 175). Certas a 6~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de 5. Paulo, a 24 de novembro de 1950 (R. dos T, 190. 843; R. F., 138, 475), e a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a 19 de maio de 1950 (J., 32, 242): “Objetar-se-á que a

solução adotada se infere das conclusões do julgado, o que, entretanto, não satisfaz, dada a natureza da reconvenção, que é ação autônoma em sua substância, e cujo exercício atribuído ao réu depende apenas da concorrência das condições estabelecidas por nosso Código de Processo Civil de 1939, em seus arts. 190-192, que possibilitam a sua cumulação com a ação principal. O disposto no art. 194 do nosso Código caracteriza, tipicamente, a natureza da reconvenção, como ação própria já proposta em juízo e que poderá prosseguir por si só, embora haja a desistência da principal". Há dever do juiz de julgá-las na mesma sentença (6~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 24 de novembro de 1950, R. dos T., 190, 843, e R. F., 138, 475). Resta saber-se como há de proceder o tribunal de superior instância: decretar a nulidade de toda a sentença, ou salvá-

la, ordenando que o juiz julgue a reconvenção, com a conversão do julgamento em diligência. Com a primeira solução, a 6~ Câmara Civil, a 13 de fevereiro de 1951 (R. dos T., 192, 184); com a segunda, por princípio de economia processual, a 3a Câmara Civil, a 26 de novembro de 1951 (198, 303). Não há resposta a priori. Há, por certo, nulidade, porém nulidade não-cominada (artigo 244), de jeito que incidem os arts. 244 e 248. A conversão em diligência é, aí, medida com fundamento no art. 250.

O juiz que julgou a ação é o competente para conhecer da reconvenção, se a deixou de julgar (2~ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 6 de agosto de 1946, R. dos T., 164, 78; R. F., 108, 520).

Na instância superior, não se pode, de modo nenhum, julgar a reconvenção, quanto a preliminares e quanto ao mérito, se o juiz não o julgara, ou se, por se ter acolhido preliminar, não fora julgada no mérito. Seria eliminação de uma instância. Tem-se de ordenar que os autos baixem para que se julgue o mérito da reconvenção, com os recursos cabíveis.

Capítulo III

1.Conceito de revelia'25 Dá-se a revelia quando o réu, chamado a juízo, deixa que se extinga o prazo assinado para a contestação, sem a apresentar. Nos casos em que o autor fica em posição de réu, se não impugna a reconvenção, revel também é ele, porque é réu e não respondeu ao ataque do reconvinte.

2.Quando se estabelece a revelia A revelia só se estabelece ex nunc, desde a expiração do prazo para a contestação, ou para impugnar a reconvenção. Daí em diante todos os atos se processam sem que se precise intimar ou notificar o revel. Esse tratamento o reduz à categoria de confesso, à diferença do que ocorria no direito anterior, à de parte “diminuída”, que o Estado deve proteger. O ~ 90 II, 2~ parte, manda dar-lhe curador à lide nos casos de citação com hora certa ou por edital.

Revelia é a contumácia quanto à contestação (ou à impugnação da reconvenção). i,Quando, porém, se estabelece a situação de revel? A citação pode ser por mandado com hora certa, por precatória ou rogatória, ou por edital.’26 Feita por mandado, ou por precatória ou rogatória, a revelia só se inicia com a expiração do prazo para apresentar a defesa (arts. 297, 298, 191, 225, VI, 232, IV, e 223, * 20). No caso de citação com hora certa, se o réu não comparece, logo se lhe nomeia curador à lide. O mesmo ocorre com ocitado por edital. Por onde se vê que revelia e curatela à lide não se assimilam, não são co-extensivas: há revéis que não têm curadores à lide; e curatelados à lide que não são revéis: o incapaz, que não tem representante legal, ou cujos interesses colidem com os desses; o preso (art. 90 1 e fl 1a parte).

125 Sobre a etimologia do substantivo, a nota 16 e o texto a que ela se prende.

126 Ou pelo correio, conforme o art. 221, 1. considerando-se revel o réu que, validamente citado por esse meio, não contesta.

Não se considera revel o empregador que se fez representar em audiência por advogado, embora não o possa esse representar em todos os outros atos do processo (Tribunal Regional do Trabalho da 55 Região, 21 de agosto de 1946, R. F., 112, 357). O réu não pode pretender que se remonte ao passado, para que se pratique ato cuja prática sofreu preclusão (35 Câmara Civil do Tribunal de Apelação de 5. Paulo, 12 de dezembro de 1945, R. dos 7’., 162, 146), salvo aplicação do art. 183.

Se o réu comparece, tem de ser tratado, dai por diante, como réu presente, dispensado o curador à lide, se o teve.

Comparece o réu que comunica ao juízo, por ocasião de algum ato processual, ou em simples requerimento de juntada de comunicação, que está pronto

acooperarno procedimento, ainda que não justifique o não-comparecimento por ocasião da citação, ou notificação.’27

Há um caso em que a falta ou a nulidade da citação afasta a eficácia da sentença, que é o de ter corrido à revelia o processo de conhecimento e não poder ser executada a sentença, dando ensejo a embargos à execução (Código de Processo Civil, art. 741, 1). A revelia é um dos pressupostos, pois, se o réu foi nulamente citado e não o alegou na contestação, ou se não foi citado mas compareceu e não arguiu a falta, o processo pode prosseguir. Se o não-citado comparece, supre-se a falta da citação (art. 214, e § lo). Se comparece quem foi citado nulamente e apenas argúi a nulidade, considera-se feita a citação na data em que a parte ou seu advogado foi intimado da decisão (art. 214, § 20).

3. Comparência do revel A qualquer tempo o revel pode comparecer e receber o processo no estado em que se acha. A sua presença ativa, constituindo advogado, que figure no processo, dispensa o curador à lide; e daí em diante tem de ser notificado ou intimado.

4. Marido revel Discutia-se, comparecendo a mulher do citado com hora certa ou por edital, e caracterizada a revelia, tinha de ser nomeado curador à lide. Ora, esse marido fora chamado a comparecer a juízo num dos três casos: (1) por ser a parte ré e precisar do assentimento da mulher para litigar a respeito da demanda; (2) ou por serem meeiros marido e mulher; (3) ou por ter de estar presente em ações reais (ou outras) propostas contra a mulher. No caso (1), claro que a presença da mulher nada importaria à exclusão da revelia: o réu era revel, e precisa de curador especial. No caso (2), a mulher nenhum poder de representação tinha, e era ré como o era o marido, e o marido defenderia o que é seu: não há prescindir-se do curador especial. Hoje, incide o art. 320, 1.

No caso (3), a figura do consentimento do cônjuge tem de ser substituida de acordo com o art. 11, sendo óbvio que, se não foi suprida, tem de ser. Cf. art. 90 e parágrafo único.

Art. 319. Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão2) verdadeiros’) os fatos afirmados pelo autor.

1. Alegação e verdade Os fatos têm consequências jurídicas, e toda justiça, quando se lhe pede a constituição da relação jurídica processual, exige que o

autor afirme o que se passou ou se passa, e ouve o réu para lhe conhecer afirmações sobre os mesmos pontos. Depois, imparcialmente, lhe dá o ensejo de prová-las. Se uma parte afirma e outra nega, só a prova pode dizer quem tem razão. Mas ocorre, por vezes, que uma afirme e outra afirme o mesmo, ou não o negue. O art. 319 redigiu a regra de dispensa abstrata da prova: se uma parte afirma e outra não nega, tem-se como verídica, sem necessidade de prova, a afirmação. No direito anterior (Código de 1939, art. 209) entendia-se perigosa a regra jurídica se fosse de eficácia absoluta contra outros motivos de prova, ou contra o que resultasse do conjunto das provas; onde a ressalva que se fazia ("se contrário não resultar do conjunto de provas"). O art. 319 do Código de 1973 riscou isso.'28 Mas havia o caminho que o legislador tomou no art. 320.

Preliminarmente, temos de advertir que o art. 285 contém exigência inafastável para que se possa invocar o art.

319: do mandado de citação há de constar que, não sendo contestada a ação, se presumem aceitos pelo réu, como verdadeiros, os fatos articulados pelo autor.'29 Remetemos ao que dissemos sobre o art. 285, em que frisamos a diferença entre falta de contestação e revelia, evitando-se as confusões vulgares nas leis e nos livros.

Se o réu comparece, e não contesta, houve falta de contestação e não revelia. Por exemplo: se apenas ofereceu exceção de incompetência relativa, de suspeição ou de impedimento, ou alegou incompetência absoluta.

Para bem entendermos o art. 319 temos de atender às seguintes proposições: 128 No procedimento sumário, deixando o réu, injustificadamente, de comparecer à audiência do art.

277, "reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados na petição inicial (art. 319), salvo se o contrário resultar da prova dos autos". Assim dispõe o § 20 do art. 277, introduzido pelo art. 1" da Lei n0

9.245, de 26.12.95.

129Também no processo sumário não incide a sanção de § 2~ do art. 277, se da citação não constar a advertência do capur desse dispositivo, na redação do art. 10 da Lei n0 9.245, de 26.12.95.

(a)As afirmações são comunicações de conhecimento <julgamentos de fato), e não declarações de vontade, como pretendia Friedrich Stein, no célebre artigo sobre Konrad Hellwig (Uber Hellwig, Zeitschríi flir deustschen Zivilprozess, 41, 417 s.), no que se distinguem do exercício da pretensão à tutela jurídica. Se peço a meu amigo B que, com a sua amizade, consiga que o editor A me devolva originais de um livro e lhe explico (ex, plico) o que se passou, meu pedido é declaração de vontade a B, criadora de relação moral entre mim e ele, pela promessa de ajudar-me, implícita na noção de amizade, mas os fatos que exponho, não; são conteúdo, fato, de julgamentos empiricos, ditos de fato. Tanto errou Friedrich Stein em querer que fossem declarações de vontade, quanto James Goldschmidt em generalizar a toda a petição o caráter de manifestação de vontade ou comunicação. Uma das consequências práticas é não poder o juiz considerar afirmação o que o autor ou o réu disse, advertindo não ser verdade, mas, no entanto, alegá-lo. O direito processual e o Código mesmo conhecem declarações, porém as afirmações dos arts. 282, III (verbo “fato”), 300, 315 e 304, etc., não são declarações. A processualística inquisitorial fez declarações às afirmações, de modo que as afirmações obtidas pela tortura fossem tidas como declarações. Procedia-se, assim, a violenta cisão entre “prova” e “verdade”.

O princípio de marcação revisível das afirmações não-contestadas (1) exclui (2) o princípio da marcação (definitiva) das afirmações nao-contestadas, que transforma em confissão toda falta de contestação, e (3) o princípio da indiferença às contracomunicações de conhecimento, segundo o qual não se leva em conta o negar como elemento de inversão do ônus de provar, nem o não-negar como elemento de confirmação (ainda que revisível). Aquele (2) impõe ao juiz sistema semelhante ao da prova legal, baseado no ônus de afirmar, exagerado até esse ponto; esse (3) abstrairia do valor das afirmações e das contra-afirmações (negações), salvo como indicações do que se vai provar. Àquela tese e a essa antítese sucede a síntese, que éprincípio (1) da marcação revisível.

No sistema do Código de Processo Civil de 1973, o fato alegado por uma parte e não negado pela outra é tido como verdadeiro. Adotou-se, portanto, não mais o princípio da marcação revisível das proposições não-contestadas, mas sim o da marcação irrevisível, mesmo se há incompatibilidade com as outras provas, marcação que inibe a produção de provas em contraste com o que foi marcado pela falta de afirmação contrária. Não negar foi feito confessar.

(b) As afirmações podem concernir a fatos ou a direito objetivo que incidiu ou tem de incidir. Ambas as classes têm por fim conseguir a sentença favorável do juiz, mas as afirmações a que se refere o art. 319 são apenas sobre fatos. Esse fim já vem atuar na admissão das afirmações; e o princípio dispositivo intervém para que não se tenha como afirmado no processo o que a parte "declarou" explicitamente não querer alegar (afirmar). Esse condicionamento das afirmações ao que se "pede" (parte declarativa de vontade, na petição, art. 282, IV) faz ser limitado pela vontade da parte (princípio dispositivo) o campo das afirmações processualmente relevantes.

Excluem-se, por exemplo, do rol das afirmações, a que se refere o art. 319, as que a parte disse serem verdadeiras, porém não quer alegá-las. Se as fez a contragosto, mas querendo que sejam alegações, valem (F.

Sobernheim, Das unglinstige Parteivorbringen, 44).

(c)Simples consideração desfavorável a outra parte não constitui afirmação não postu la. Nem, afortiori, é admissão dos fatos afirmados pela outra parte, se, por exemplo, entra na cadeia de raciocínio por absurdo.

(d) O ônus da prova pode ser formal ou material. O ônus formal concerne à obrigação, por exemplo, de mencionar os meios de prova (art. 282, VI). O ônus material consiste no caber a uma parte, e não à outra, o encargo de provar determinado fato ou determinados fatos. A legislação sobre meios de prova escapa ao direito processual; pertence ao direito material. O direito processual entra no espaço vazio que lhe fica, concernente ao conhecimento do juiz. O ônus de provar é pré-processual. A ação declaratória negativa (art. 40) não inverte ônus da prova: o ser negativa não a torna provocatio ad agendum.

2. Suposição da verdade da alegação O art. 319, que se redigiu no Código de 1973, revelaria a historicidade germânico-medieval, canônica, do direito das positiones, quando se dava ao réu, e não ao autor, o ônus da prova, com os juramentos e os julgamentos de Deus. Ainda hoje prevalecem em muitos países os indícios de tal mentalidade, como em certos julgados brasileiros ao tempo em que quase todo o assunto da eficácia probatória da revelia ficava à doutrina (e.g., Tribunal de Justiça de São Paulo, 2 de outubro de 1913, São Paulo Jud., 33, 255; Corte Suprema, 24 de junho de 1935, A. J., 35, 103).

O réu citado teve ciência do que lhe aconteceria com a revelia, pois do mandado de citação tinha de constar que se presumiriam (ex lege) aceitos pelo réu, como verdadeiros, os fatos articulados pelo autor (art. 285).

Ao tempo dos Francos em Carolingia, já o réu que não comparecia em juízo perdia a ação: com isso ele mostrava que nada podia provar a seu favor.

A litiscontestatio, por seu formalismo, é que fazia nascer o processo, tal era a concepção romana da relação jurídica processual. Era o tempo em que o Pretor escolhia o juiz dentre os cidadãos romanos capazes, incluidos em lista. Pensava-se então em contrato formal entre as partes com a litiscontestatio. O edere iudicium (entrega solene) e o accipere iudicium (aceitação solene do escrito, com a fórmula e presença das testemunhas), eram típicos. Então, a litiscontestatio era o início do processo. Diante dos inconvenientes de tal concepção, surgiram perturbações que levaram a mistura de formas antigas com princípios novos.

No procedimento romano in iure, se o réu não comparecia, isto é, se se recusava à obrigação de cooperar com a litiscontestatio, portanto ao seu dever de defesa, ou de intervir na causa, o autor tomava posse dos bens (missio in bona) e até exercia a venditio bonorum. Se o procedimento era in iudicio, vencia a parte que comparecia (lite deserta). No procedimento extraordinário, a que não se exigia litiscontestatio, declarava-se contumaz o demandado inativo: triunfava a parte presente si bonam causam habuit (L. 73, pr., F., de iudiciis: ubi quisque agere vel convenire debeat, 5, 1). Justiniano deu grande importância à litiscontestação: se o demandado inativo reincidia, decretava-se a missio in possessionem bonorum, a favor do autor pro modo debiti probati (Nov. 53, 4,

§ 1). No direito canônico, antes de haver litiscontestação não se podia proferir sentença sobre o mérito; mas a Clementina Saepe, de 1306, suprimiu a necessidade da litiscontestaçáo. O “Jtingster Reichsabschied” de 1654

afastou a situação em que ficava o autor de ter de valer-se da missio ou de medidas, considerando-o como quem tem contestação e permitindo a sentença sobre o mérito. A Ordenação Geral Prussiana (1, 8, § 10) de 1793 saiu da ficção da litiscontestatio negativa para a que se chamou litiscontestatio afirmativa: a contumácia é confissão e serve à condenação.

Na Ordenação Processual Civil alemã, o § ~ í a parte, disse que, se o demandado não comparece e o demandante solicitar contra ele sentença contumacial, as alegações orais de fatos do demandante se consideram como admitidas pelo contumaz. Na 2a parte: se tais alegações justificarem a petição da ação, a decisão é de acordo com elas; em outro caso, se repele a demanda ("soweit dies nicht der Faíl, ist die Klage abzuweisen").

No direito lusitano, D. Fernando, Rei de Portugal, que governou de 1367 a 1383, fez uma lei, depois confirmada por D. João III (1521-1557), em que criticava a atitude do direito anterior e até mesmo de insuficientes reformas e dizia que a sua "tenção he abreviar os preitos, e demandas dos juízos, porque das perlongas se segue a Dios, e a Nós grande desserviço, e aos Povos dos nossos Regnos muitas perdas e damnos, assy como vemos per certa experiencia". Por isso, ordenou e pôs na lei, "que se algufl, sendo citado a Juizo, não parecer per sy, nem por seu certo Procurador,... e for revel", tinha de sofrer a sentença, sem poder embargá-la, ou, em ação sobre coisa real, "ou que he chamada em Direito in rem scripta", condenado pela revelia, somente podia defender-se purgando a revelia. Foi o que se pôs nas Ordenações Afonsinas, Livro III, Título 17.

Nas Ordenações Manuelinas, Livro III, Tiulo 14, a parte podia aparecer em Juízo antes que a sentença fosse passada pela Chancelaria, ou entregue a parte onde não tinha de passar pela Chancelaria, e tomaria "o feito no ponto em que se achar". Depois, o comparecimento não tinha eficácia e somente podia opor embargos na execução.

Nas Ordenações Filipinas, Livro III, Título 15, § 1, permitia-se que a parte, que fosse revel, aparecesse em Juízo antes que a sentença passasse pela Chancelaria, e tomasse o feito no ponto em que se achasse. Se a sentença já havia passado pela Chancelaria, ou entregue à parte, onde não houvesse Chancelaria, o revel não mais seria ouvido, salvo por via de embargos (Título 87).

No Código de 1973, art. 319, apenas se diz que, se o réu não contesta a ação, se reputam verdadeiros os fatos afirmados pelo autor. No Código de 1939, art. 209, o fato alegado, se não contestado, era admitido como verídico, "se o contrário não resultar do conjunto das provas".130 Era revel quem, citado, não apresentasse a defesa no prazo legal.

Nos Drocessos cautelares, o art. 319 é de respeitar-se (art. 803).

Art. 320. A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente')5): 1se, havendo pluralidade de réus2), algum deles contestar a ação; II se o litígio versar sobre direitos indisponíveis3);

111 se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público, que a lei considere indispensável à prova do ato4).

1. Limitação à incidência do art. 319O Código de 1939, art. 209, seguiu o principio da marcação revisível, ao passo que ode 1973, art. 319, afoitamente acolheu o principio da marcação irrevisível, apenas com as regras jurídicas do art. 320 que formula limitações à incidência do art. 319. Note-se bem: limitações à incidência. Se uma das três espécies ocorre, não se pode invocar o art. 319, a despeito de no art. 320 se falar de "revelia que não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente".

2. Pluralidade de réus Nenhuma dúvida pode haver quanto a não incidir o art. 319 se há litisconsórcio necessário, seja unitário, ou não no seja. Quando ao litisconsorte não-necessário, seria infringir-se o art. 320 não se pensar na amplitude e no conteúdo do art. 46. No art. 48, quando se disse que os litisconsortes são considerados, "em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos" e até mesmo que os atos e as omissões de um não prejudicam nem beneficiam os outros, pôs explícita a ressalva:

"salvo disposição em contrário".

Nos casos de nomeação à autoria (arts. 62-69), se o nomeado aceitou, ele é que é réu. Nos casos de litisdenunciação (art. 70), se litisdenunciante foi o réu, que aceitou a denúncia e contestou, sâo tidos como litisconsortes e litisdenunciante e o litisdenunciado (art. 75, 1); mas, se não comparece, ou comparece apenas para negar a qualidade que lhe foi atribuida, só o denunciante é que é réu (art. 75, II). Quanto à assistência, o assistente equiparado a litisconsorte tem de ser tratado como parte-ré (cf. art. 320, 1); se contestou, o art. 319

não pode incidir. Quanto ao assistente em geral, incluído ou não na classe do assistente litisconsorcial, o art. 52

e o parágrafo único têm de ser atendidos: assistente auxilia, exerce os mesmos poderes, sujeita-se ao mesmos ônus processuais que o assistido; se há revelia do

assistido, tem-se como gestor de negócios. Seria absurdo que se invocasse o art. 319, se ele compareceu e contestou.

No art. 46,1V, fala-se de litisconsórcio em que apenas ocorre afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito. No art. 48 diz-se que, “salvo disposição em contrário, os litisconsortes serão considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos; os atos e as omissões de um não prejudicarão nem beneficiarão os outros”. Ora, se a manifestação de um dos demandados não faz ter-se como verdadeiro o que o autor afirmou, positiva ou negativamente, e tal manifestação levaria a solução que afastasse a alegação do autor, seria de repelir-se que o mesmo juiz tivesse de dizer “sim” a um dos demandados e “não” a outro. O Código, no art. 320, 1, não foi até exigir que a contestação do mandado tenha de ser acolhida: basta que outro litisconsorte haja contestado, para que não tenha eficácia a revelia do outro ou dos outros demandados. Não o julgamento direto (art. 330, II), porque o juiz somente conhece diretamente do pedido se o art. 319 incidir, e tal eficácia da revelia foi afastada pelo art. 320, 1. Tem-se de julgar após a audiência de instrução. Se o Código não tivesse dado tal solução, haveria o absurdo de o juiz poder dar à mesma questão duas ou mais sentenças de conteúdo diferente: uma, sim, e outra ou outras não. Se só um dos demandados contestou e eram muitos, ou se eram muitos e só um foi revel, o art. 320, 1, não pode ser postergado. No ponto ou nos pontos em que o revel teria de manifestar-se e não se manifestou e o autor litisconsorte, que compareceu, não se manifestou, o revel não está protegido pelo art. 320, 1. Não se precisa para isso que se recorra à regras jurídicas sobre confissão: a confissão de uma pessoa não se transmite a outra ou a outras (arts. 349, parágrafo único, e 302,1). Um dos pressupostos para que incida o art. 320, 1, é que o fato ou os fatos afirmados pelo autor tenham sido contestados pelos outros e a contestação caberia ao revel. Se o que o réu revel teria de contestar, ou, se algo do que ele teria de contestar, não foi contestado pelo réu comparecente ou algum dos réus comparecentes, não há a invocabilidade do art. 320, 1. Portanto, há a eficácia da revelia e são tidos como verdadeiros os fatos alegados, a respeito, pelo autor.

Se a citação foi citação nula (art. 247), como se faltou a exigência de se comunicar o que resultava da falta de contestação (presumirem-se aceitos pelo réu os fatos articulados pelo autor, arts. 285, 2~ parte, 232, V e 23,

§10), não se pode pensar em revelia, nem, portanto, em eficácia de revelia. Não

pode ser eficaz o que não existe.

Qualquer que seja a nulidade da citação, revelia não pode haver.

Para que a revelia leve à incidência do art. 319, é preciso que tenha havido citação e tenha sido válida (existência e validade), tanto assim que a falta ou a nulidade da citação do processo de conhecimento, se a ação corre à revelia, cabem os embargos do devedor, com efeito suspensivo (arts. 741, 1 e 745). O juiz conhece diretamente do pedido quando ocorre revelia (art. 330, II).

As teorias a respeito da revelia têm de ser sobre a eficácia. Se alguma teoria entende que a revelia implica renunciar-se ao direito de defesa, ou que com ela se viola o dever de respeitar a justiça, que prometeu a todos a tutela jurídica, o que importa é saber-se qual a conseqUência ou quais as conseqUências da omissão infringente.

Ou se diz que, diante da revelia, o juiz reputará verdadeiros os fatos afirmados pelo autor (Código de 1973, art.

319), ou que tal se dará se o contrário não resultar do conjunto das provas (Código de 1939, art. 209))~’

Estamos a falar de revelia, e não da falta de manifestação do demandado quanto a fatos narrados na petição inicial (art. 302): ai, o demandado omitiu negativa ou negativas, porém não foi revel.

O problema crucial que nasce do art. 319 é saber-se se o juiz pode decidir a favor do autor se, em caso de revelia, a veracidade dos fatos alegados pelo autor pode ser elemento decisivo para a sentença favorável ao autor, se nenhuma prova apresentara o autor suficiente para isso. O Código pôs-se diante de tal advertência; e procurou dar solução. No art. 320, 1, II e III, afasta a eficácia da revelia se, havendo pluralidade de réus, algum deles contesta a ação (não basta que compareça, é preciso que conteste os fatos que, sem isso, seriam tidos por verídicos), ou se o litígio versar sobre direitos indisponíveis, ou se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público, que a lei considere indispensável à prova do ato.

3. Direitos indisponíveis Se dos direitos não poderia dispor o réu (entenda-se: se

não pode dispor do direito, ou da pretensão ou da ação), a sua revelia não dá ensejo à incidência do art. 319. Por exemplo: se o réu éproprietário de bem que foi gravado de inalienabilidade, qualquer que tenha sido a causa (cláusula testamentária, ou matrimonial, ou lei); se alguma ação ficou sujeita a só ser exercível pelo réu.

Direito indisponível é direito que não pode ser retirado da pessoa, quer pela alienação, quer pela renúncia, quer pela diminuição ou substituição do seu conteúdo. No Código de Processo Civil português, art. 485,132 fala-se em geral das espécies em que a vontade das partes é ineficaz para se produzir o efeito jurídico que pela ação se pretende obter. De certo modo quis-se dilatar o sentido de direitos indisponíveis. Aliás, a indisponibilidade pode ser da pretensão e da ação.

O ônus da prova continua com o autor se ocorre o que prevê o art. 320, II. Se, depois, tempestivamente comparece, trata-se como se revel não tivesse sido. Não cessou o seu interesse e legitimação a provar, nem a outros atos processuais.

4.Prova por instrumento público Se o autor fundamenta a sua petição, ou algum dos pedidos, em direito a que a lei exige instrumento público (e.g., aquisição de bem imóvel), a apresentação de tal documento é indispensável.

Seria de lamentar-se, por exemplo, se pudesse alguém que se diz proprietário de imóvel propor ação de reivindicação e se tivesse como verdadeira a sua afirmativa pelo simples fato de ser revel o demandado.

5.Advogado dativo, curador especial e órgão do Ministério Público No art. 302, parágrafo único, explicitou-se que não há o ônus da impugnação especificada dos fatos para o advogado dativo, o curador especial ou o órgão do Ministério Público. Se o réu tinha advogado legalmente habilitado (art. 36), esse o representa, mas, para confessar ou reconhecer o direito do autor, precisa ter poderes especiais (art. 38). Se o advogado é advogado dativo, esse, sem o contato com o réu, o que levaria outro advogado a saber dos fatos alegados pelo autor e os alegáveis pelo réu, não está em situação de submeter o réu à eficácia da revelia. No art. 90, fala-se do curador especial: ao incapaz, se esse não tem representante legal, ou interesses do representante legal colidem com os do incapaz, ao réu preso, “bem como o revel citado por edital ou com hora certa”. Se o órgão do Ministério Público, que opera como fiscal da lei, e não como

parte, está no processo em que, portanto, não tem de contestar, seria absurdo atribuir-se o ônus da impugnação. Quem só opina, ou só oficia, não contesta. Se foi posto para atuar como parte (art. 81), cabem-lhe, no processo, “os mesmos poderes e ônus que às partes”. Aí ele não intervém, ou é autor ou é réu.

r

Se ao fato ou aos fatos que teriam de ser contestados a lei exige documento público como elemento substancial, o que é pressuposto da constituição dele também o é da prova. O que não se podia constituir sem o documento público não se pode provar. Seria absurdo que a falta de negação pudesse levar a ser eficaz o que não o foi nem o é. Daí o art. 366, com a sua explicitude (cf. art. 283, relativo a requisito para a propositura da ação).

Pergunta-se: se a lei exige para a constituição do ato jurídico o instrumento particular, ~a revelia do demandado faz verídico o alegado pelo autor que o não juntou? Seria permitir-se no direito processual ter-se como provado o que não existiu. Sob o Código de 1939, art. 233, que cogitava de não serem sanáveis pela confissão erros da ação ou do processo, tivemos de fazer algumas considerações que adiante reproduzimos, posto que não haja tal artigo no Código de 1973. Se a lei material exige algum elemento para a constituição do ato jurídico, tem de obedecer-lhe o direito processual, mesmo não havendo o art. 208 do Código de 1939 (“São admissíveis em juízo todas as espécies de provas reconhecidas nas leis civis e comerciais”). Se a lei de direito material faz substancial a prova, não se pode admitir que, diante de ato jurídico que só existiria por instrumento escrito, se possa receber como afirmativa da existência a revelia ou a própria confissão. Acrescentamos (de 1939, III, 2~ ed., 376): Nunca se perca de vista que a confissão é admissão dos fatos afirmados, não da existência do direito do autor. O

direito material é óbice à prova testemunhal dos negócios jurídicos a que se exige elemento subs tancial. No sentido do que dizíamos então, sob o novo Código, J. J. Calmon de Passos (Comentários, Tomo III, 278). Assim, ter-se, na revelia, como verdadeiro fato, ou confessar-se tal fato, não é suficiente para se ter como ato jurídico, ou negócio jurídico, se a lei só o faz entrar no mundo jurídico se foi respeitada alguma exigência substancial. Nenhum juiz poderia, somente com a revelia ou a confissão, julgar procedente a ação.

Art. 321. Ainda que ocorra revelia, o autor não poderá alterar o pedido’), ou a causa de pedir, nem demandar declaração incidente2), salvo promovendo nova citação do réu, a quem será assegurado o direito de responder no prazo de quinze (15) dias.

1. Alteração do pedido Os autores não podem pedir fora da petição inicial. Nem mesmo se foi evidente que tinha de inserir o pedido e errada-mente não o fez. Por isso, somente pode fazer o pedido, que omitira, em petição inicial de outra ação (art. 294).’~~ Dá-se o mesmo se a omissão não foi do pedido, mas da causa de pedir, porque, mesmo se acontece revelia, não pode alterar o pedido, nem a causa de pedir, nem mesmo, a respeito, suscitar ação declarativa incidental.

No art. 264, diz-se que, feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido, ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu. Após o saneamento do processo, nem mesmo o consentimento do réu o permite (art. 264, parágrafo único). Se acontece que o revel comparece antes do saneamento, pode haver a concordância quanto à modificação do pedido ou da causa de pedir. Houve a eficácia da revelia (reputarem-se verdadeiros os fatos afirmados pelo autor), mas a modificação pode atingir o que se teria, na sentença, como reputada verdade, ou como uma ou algumas das reputadas verdades. O juiz tem de examinar até onde foi a modificação, quanto ao pedido e às causas de pedir.

2. Ação declarativa incidental Se, no curso do processo, se revela que é necessário julgar-se a existência ou a inexistência de relação jurídica que está em lide, para que se profira a sentença, “qualquer das partes” (art. 50) pode requerer que se julgue em ação declarativa incidental. Ora, se qualquer das partes pode suscitá-la, a revelia do réu não pode obstá-lo ao autor, mas tem ele de promover nova citação do réu, a que se atribui o prazo 133 Vd. o art. 294 com a nova redaçAo, diferente da referida no texto, do art. 10 da Lei n0 8.718, de14.10.93.

de quinze dias para responder (contestar, ou não). Se não atende, nova revelia acontece.

A ação declaratória incidental é outra ação. É verdade que se têm como verdadeiros, quanto ao revel, os fatos afirmados pelo autor, mas tais fatos tidos como verdadeiros podem não ser suficientes para se julgar a existência ou inexistência de relação jurídica de que depende o julgamento da lide (art. 50)• A razão para a ação acidental também pode ser a de ter havido manifestação do

advogado dativo, do curador especial ou do órgáo do Ministério Público, que não tinham o ônus da impugnação dos fatos. Se não houve a eficácia da revelia, o que ocorre nas espécies do art. 320, nenhum óbice há à ação declaratória incidental. O que sempre se exige é a nova citação do réu, que, mesmo se foi revel, tem o prazo de quinze dias para a resposta.

Art. 322. Contra o revel correrão os prazos independentemente de intimação'). Poderá ele, entretanto, intervir no processo') em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontra').

1. Intimação Uma vez que o réu foi revel, o processo continua sem ser preciso que ele seja intimado dos atos processuais, quaisquer que sejam. (A espécie do art. 321 é ação declarativa incidental (art. 50), e não simples ato processual, razão por que há outra citação e não intimação.)

2. Entrada no processo A despeito da revelia e das suas conseqtiências quanto aos atos processuais posteriores, o réu revel pode entrar no processo, a qualquer momento, ou para algum requerimento ou para algum ato processual (e.g., depor), e daí em diante ele é tratado como se não tivesse sido revel. A presença no processo só tem eficácia ex nunc. Tudo que ocorreu teve as conseqUências peculiares e nada contra elas pode fazer o réu.

Se houve alguma decisão de que caiba recurso, dentro do prazo pode ele recorrer. O prazo inicia-se sem precisar de qualquer intimação. Mas, a partir da interposição do recurso, ou mesmo de algum requerimento de deligência, tem-se o réu como presente no processo.

Com a revelia ficam dispensadas as intimações concernentes aos atos processuais posteriores. Se o revel se apresenta, tem direito à comunicação dos atos. Se ele constitui procurador nos autos, tenha ou não contestado o pedido, têm de haver as intimações dos atos processuais. Se o réu não constituiu procurador, mas a intimação é para que ele algo faça, ou se abstenha, aí de modo nenhum se está a dispensar que ele seja intimado. Por exemplo: foi intimado para prestar depoimento, quer por determinação de ofício, quer a requerimento (art. 343 e

§ 10); para que exiba documento ou coisa que esteja em seu poder (art. 357); para se manifestar sobre o pedido de desistência feita pelo autor (art. 267, § 40)~

A respeito convém que frisemos ter sido infeliz, aqui e ali, o emprego generalizado da palavra “intimação”. A “notificação” poderia abranger mais (cf., no alemão, Anzeige); porém, cientificamente, acertado seria entrar-se profundamente na verificação dos conceitos e das espécies.

Sobre a análise das comunicações de conhecimento em geral, Tratado de Direito Privado, Tomo II, § 237.

Quanto à sentença contra o revel que não se apresentou e contra o réu que apenas não contestou, nada disse o Código, mas havemos de entender que não seria de acordo com os direitos do homem que se pudesse atribuir eficácia a alguma sentença de que se não teve conhecimento. O juiz está a prestar a tutela jurídica que o Estado prometeu: se atendeu ou chamou alguém ao processo, tem de tratá-lo como titular da pretensão à tutela jurídica, trate-se de autor ou de réu. Comunicar a solução que deu, na aplicação da regra jurídica ou das regras jurídicas, é dever do Estado e, pois, do juiz. Antes de ter conhecimento da sentença, o vencido na relação jurídica processual, seja o réu seja o autor, ou os vencidos, sejam os réus sejam os autores, têm de receber a informação quanto ao que prestou, com a sentença, o Estado. Não há eficácia sentencial antes disso. Mesmo no caso excepcional da apelação recebida só no efeito devolutivo (art. 520, I-V), ou do recurso extraordinário’~ (art.

497), porque em ambas as espécies há ciência do conteúdo da sentença. Se a sentença foi proferida em audiência, <,a publicação do despacho que marcou a audiência basta para a sua eficácia no tocante ao julgamento? Não; só ao publicar a sentença de mérito está cumprida a missão do juiz (art. 463). Se foi dispensada a audiência, tem de ser publicada a sentença, porque o art. 463 não é suscetível de exceção. Da data da publicação começa o prazo para recurso.

O art. 330, II, estabeleceu o conhecimento direto do pedido, proferindo-se a sentença quando ocorre a revelia (art. 319); mas pode acontecer que a admissão da veracidade dos fatos alegados pelo autor não baste para que o juiz decida, no todo ou em parte, a favor dele. Conhecer diretamente do pedido não é ter de sempre julgar favoravelmente ao autor. Não se podem retirar ao juiz, que exerce, em nome do Estado, a missão de prestar a tutela jurídica, a sua competência de oficio para ordenar produção de provas, ou para a inspeção judicial (arts.

440-443). Não se pode dar interpretação violenta ao art. 330,11: o art. 319 reputa

verdadeiros os fatos afirmados pelo autor, e tal recebimento pode não bastar para que o juiz julgue contra o réu, pois até pode dar-se que não encham o suporte fáctico de alguma regra jurídica, ou, até, mesmo, de algumas regras jurídicas. O artigo 319

não disse que a revelia tem a eficácia de ter-se como vencido o réu e vencedor o autor.

Na espécie do art. 319, o revel somente pode intervir no processo, recebendo-o no estado em que se acha.

Assim, uma vez que o juiz pode conhecer diretamente do mérito (art. 330,1), somente se há retardamento éque é possível a intervenção. O proferimento da sentença afasta a possibilidade. O que pode acontecer é que o revel apareça para recorrer, ou, até, para opor embargos de declaração (art. 464). 135 Por exemplo: a sentença considerou verídicos fatos que não tinham sido alegados pelo autor e, portanto, não podiam ser tidos como beneficiados pela revelia.

Se o juiz não dispensou a audiência de instrução e o réu comparece antes dela, a revelia não o priva de mostrar ao juiz, para que determine de ofício, que a eficácia da revelia foi insuficiente e é necessária a prova pericial, ou outra prova (art. 130). Se o juiz acolhe isso, pode o réu indicar assistente técnico e formular quesitos (art. 421,

§§ 1’~ e 20). Tal prova pericial, de cuja necessidade decide o juiz, pode ter sido de exigir-se desde a propositura da ação, ou virtude de circunstância posterior à propositura ou à revelia. Se após a revelia, o revel que se apresenta pode requerer a prova pericial. O juiz também pode, de oficio, determinar que o revel que compareceu antes da instrução e do julgamento direto ou da audiência, preste depoimento, ou que o preste o autor; e o próprio revel pode requerer o depoimento do autor, que aliás não se expõe ao que consta do art. 343, § 1~, porque não houve, fato ou fatos alegados pelo réu contra o autor. Também o revel, que chegou enquanto podia intervir, pode requerer a prova testemunhal, se indicou a testemunha ou as testemunhas mesmo que seja para mostrar a inverdade dos fatos alegados pelo autor e que (e a despeito disso) a revelia fez serem todos como verdadeiros. Ainda não houve sentença e o juiz não foi obrigado a proferir sentença favorável ao autor, mas apenas, na apreciação das provas, a ter como verdadeiros os fatos alegados. Advirta-se, mais uma vez, que

as alegações dos fatos podem não ser suficientes para a

135Ab-rogado pelo art. 30 da Lei no 8.950, de 13.12.94. Os embargos de declaração a decisões de qualquer instância encontram-se, hoje, regulados no ais. 535, na redação do ais 10 da citada lei.

sentença favorável ao autor, mesmo se o revel não apareceu antes de o juiz sentenciar. Se a produção de documento somente podia ser feita quando o revel aparece (cf. arts. 397 e 399), mesmo por força maior, tem-se de atender ao revel.

Quanto à revelia, o juiz profere a sentença, conhecendo diretamente do pedido (art. 330, II). De regra, não há providências preliminares. Todavia, se o juiz vai conhecer diretamente do processo, mas chega à conclusão de que o ter de reputar verdadeiros os fatos alegados pelo autor não basta para que profira sentença favorável ao autor, uma vez, por exemplo, que o autor supõe que o fato pode ser b ou a, razão por ter falado de prova pericial, para saber se o pedido b é o certo ou se o é o pedido a, pedidos que ele fez em alternativa (e.g., resolução do contrato ou apenas indenização), o conhecimento direto ou se prende à inspeção judicial, ou, até, se torna dependente de audiência (e.g., exibição de documento que o autor disse achar-se em poder de terceiro).

3.Recursos e ação rescisória Se a sentença foi proferida contra o réu, no recurso pode ele alegar que tal revelia não se deu, ou que ela não teve a eficácia dos arts. 319 e 330, II. Mais: ou que os fatos tidos como verdadeiros não bastavam à conclusão da sentença, ou outro fundamento para o recurso. A sentença tem de ser publicada.

Os recursos são quaisquer que constem do Código e conforme as regras jurídicas a respeito. O sistema jurídico brasileiro, com a sua tradição e a sua herança, não cogita de recurso especial para o revel. Para ele correm os prazos independentes de intimação, e o revel recebe o processo no estado em que se encontra. Do proferimento começam os prazos para os recursos, observados os arts. 457, 506, 184, 507 e 508. Os embargos de declaração podem ser opostos (arts. 463, II, 464 e 465). ~ Uma vez que a sentença não é proferida em audiência em princípio tem de ser intimadas a partes, mas o art. 322, ia parte, dispensa a intimação para que corra o prazo contra o revel. Todavia, no art. 463, diz-se que “ao publicar a sentença de mérito”, o juiz cumpre o seu ofício jurisdicional, que então acaba. No art. 465 supõe-se a publicação da sentença para que corra o prazo para os

embargos de declaração. Ora, se a publicação das sentenças é exigida, e a intimação do revel foi afastada, o recurso tem de ser interposto no prazo que se conta ao ser publicada a sentença.

136Alude o texto a um recurso especialmente concedido para o revel e não ao recurso especial do art. 105, III, da Consí. 88, que o revel pode interpor.

137 Vd. a nota 135.

O prazo para a ação rescisória é o de dois anos, contado do trânsito em julgado da sentença (art. 485). Quanto à alegação de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz (art. 485, 1), ou de impedimento ou absoluta incompetência juiz (art. 485, II), ou de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei (art. 485,111), ou de ofensa à coisa julgada (art. 485, IV), ou de violação de regra jurídica (artigo 485, V), de nada se tem de cogitar quando o autor da ação rescisória é o revel na ação em que se proferiu a sentença rescindenda. Quando a ação rescisória, proposta pelo revel, tem por base que a sentença rescindenda se fundou em prova cuja falsidade foi apurada em processo criminal, ou que se vai provar na própria ação rescisória (art. 485, VI), tem-se de partir de poder a sentença só se ter baseado na eficácia da revelia (foram tidos como verdadeiros os fatos alegados pelo autor), ou em se ter fundamento nisso e noutras provas que o autor juntou à petição, ou mesmo que se entendeu produzir após a revelia do réu. O que o juiz considerou suficiente para o proferimento da sentença e consistiu em alegações do autor tidas, com a revelia do réu, como verdadeiras, pode ser reapreciado na ação rescisória. O que era falso não se fez verdadeiro, apenas

“reputar-se-ão verdadeiros”. O que se vai provar ser falso não é o silêncio do réu que fez considerar-se verdadeiro o que se alegou, mas sim o fato ou os fatos que o autor alegou. Portanto, tais fatos podem não ter ocorrido e serem falsas as alegações do autor, ou alguma delas. Se o juiz acolheu como verdadeiro o que não era e em processo criminal ou na própria ação rescisória foi apurado, a ação rescisória é procedente. O juiz, ao receber, com a eficácia da revelia, como verdadeiras as alegações do autor, tinha de verificar se tal eficácia bastava à sua convicção. Seria absurdo que um juiz devesse receber como confirmativa da verdade a abstenção de alguém em negar a falsidade do que é falso. Assim como o juiz tinha de julgar conforme a sua convicção, podendo basear-se em outros dados, inclusive serem falsos os fatos alegados pelo autor, não se poderia admitir

que o art. 485, VI, não pudesse ser invocado em ação rescisória. Quanto ao art. 485, VII, temos de partir da premissa de que, se o réu ignorava a existência de documento, ou de que não podia fazer uso (e.g., desaparecera de um cofre), e se o tivesse produzido, ganharia a ação, não teve culpa na revelia. Talvez mesmo foi por uma dessas circunstâncias que não pôde ou não quis contestar. O encontro do documento, após a revelia, podia dar ensejo a requerer ao juiz, antes de ser proferida a sentença, que o juntasse aos autos, como pode ser fundamento para a ação rescisória. Quanto ao art. 485, VIII, temos de nos advertir de que a eficácia da revelia (fazer reputados verdadeiros os fatos alegados pelo autor, art. 319) de modo nenhum é confissão. O que o art. 319

estabelece éa admissão dos fatos alegados pelo autor como verdadeiros. A intimação do réu para prestar depoimento, sob pena de se terem como verdadeiros os fatos alegados contra ele, somente pode ser para audiência da instrução e julgamento. (Cf. arts. 343 e §§ 10 e 20.) Tampouco, no art. 319, há desistência ou transação.

Quanto ao art. 485, IX, e ~§ 10 e 20, temos de precisar que ou se trata de erro de fato, que resultou de algum ato, ou de alguns atos, ou de documento da causa, ou de alguns documentos. Trata-se de errorfacti, e não de error iuris (cf. Tratado da Ação Rescisória, ~a ed., 341-346). A eficácia da revelia não preexclui que se possa propor a ação rescisória, com invocação do art. 485, IX, contra a sentença contra o revel, trânsita em julgado. O

erro há de ser do fato, ou dos fatos: ou porque não existiu o fato, ou não existiram os fatos, cuja existência se afirmou; ou porque se não considerou fato existente o que existiu, ou não se consideraram fatos existentes fatos que existiram. Pressuposto necessário é que tais suposições tenham sido fundamento para a sentença rescindenda. Tudo, no art. 485, IX, se liga a enunciado de existência ou de inexistência. Nada tem com a falsidade da prova (art. 485, VI), nem com o surgimento ou aquisição de documento novo (art. 485, VII).

‘5

Capiulo IV

DAS PROVIDÊNCIAS PRELIMINARES))

1. Providências preliminares Providências preliminares são as providências que o juiz há de tomar ao receber a petição inicial e ao responder o~emandado, ou à sua não comparência ou comparência sem contestação Assim as providências do art. 284 e parágrafo único são providências preliminares, embora o Capítulo IV somente se haja referido, de início, ao prazo para a resposta do réu, ao efeito da revelia, à ação declarativa incidental, a fatos impeditivos, modificativos e extintivos do pedido e às alegações do réu constantes do art. 301.

~)2. Juiz e escrivão Algumas providências são tomadas pelo juiz e óutras pelo escrivão (e.g., art. 323).

Art. 323. Findo o prazo para a resposta do réu'), o escrivão2)fará a conclusão dos autos. O juiz3), no prazo de dez (10) dias, determinará, conforme o caso, as providências preliminares, que constam das seções deste capítulo.

1. Prazo para a resposta Findo o prazo para a resposta do réu (contestação, exceção), o escrivão tem de fazer conclusão dos autos ao juiz, que há de determinar, no prazo de dez dias, as providências do art. 324, do art. 325

(que é de julgar a ação declarativa incidental), do art. 326 (audiência do autor e produção de prova documental) e do art. 327.

2. Escrivão As incumbências do escrivão constam do art. 141, que tem a responsabilidade que se aponta no art.

144.

3.Prazo para o juiz O prazo para o juiz é de dez dias. Tem ele de velar pela rápida solução do litígio (artigo 125,11) e para isso é indispensável que obedeça às regras jurídicas sobre prazo, assaz explícitas no Código de 1973. O prazo não se interrompe nos feriados. Exclui-se o dia do começo e inclui-se o do vencimento.

Seção 1

Do Efeito da Revelia

que Art.324. Se o réu não contestar’) a ação, ojuiz, verificando ocorreu o efeito da revelia2), mandará que o autor especifique as provas que pretenda produzir na audiência.

1. Revelia Se o réu não contesta a ação, tem o juiz de verificar se ocorreu a revelia. Pode ser que apenas tenha oposto exceção (art. 304), o que fez suspenso o processo (art. 306); ou que se dê algum dos casos do art. 320.

2. Contestação Se o réu contesta, ou, sem revelia deixa de contestar, tem o juiz de mandar que o autor especifique as provas que pretende produzir na audiência.

Revelia, com a eficácia do art. 319, somente há se o réu citado, fora das espécies do art. 320, não contesta. Se comparece e não contesta, há revelia.lPor isso, o art. 324 só supõe dúvida quanto a não ter havido contestação e não ter havido eficácia da revelia. A contestação que for feita pelo revel não é contestação oportuna, foi feita fora do tempo, e ocorreu o efeito da revelia. Efeito da revelia somente não se produz, a despeito de ter havido revelia, se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestou, ou se o litígio versa sobre direitos indisponíveis, ou se a petição inicial não está acompanhada do instrumento público, que a lei considera indispensável àprova do ato (art. 320). Dai não se poder confundir a revelia com a sua eficácia, nem a falta de contestação com a revelia (arts. 320 e 324).

Tem o juiz de verificar, antes de proferir a sentença, se o réu foi revel, se houve citação e se foi válida e eficaz.

O comparecimento do réu supriria a nulidade da citação, de modo que cresce de relevância o dever do juiz no caso de revelia, porque da eficácia da citação depende a eficácia da revelia como a própria revelia. O art. 247, que é novo, sugere que se preste toda a atenção ao assunto. Também o Código de 1973, art. 285, pôs claro que, estando em termos a petição inicial, o juiz a despachará, ordenando a citação do réu, para responder, e que do mandado de citação há de constar que, não sendo contestada a ação, se têm (aliás aí se diz que “se presumirão”) como aceitos pelo réu, como verdadeiros os fatos articulados pelo autor. Há a seguinte consequência das novas regras jurídicas: se falta, na petição inicial, a advertência a que se refere o art. 285, 2~ parte, versando o litígio sobre direitos disponíveis, e também do despacho do juiz, a citação não pode ter a eficácia que se atribui à revelia. Tem-se de atender ao que o Código exige quanto

à citação por oficial de justiça, pelo correio e por edital nos arts. 2 13-225, e ao que consta do art. 285.138

Seção II

Da Declaração Incidente

Art. 325. Contestando o réu o direito que constitui fundamento do pedido, o autor poderá2) requerer, no prazo de dez (10) dias, que sobre ele o juiz profira sentença incidente'), se da declaração da existência ou da inexistência do direito depender, no todo ou em parte, o julgamento da lide (art. 5~'»

1. Ação declarativa incidental Os incidentes são questões que exsurgem durante o procedimento, entre o pedido e a sentença final, de tal jeito que tem o juiz de examiná-los e julgá-los antes de proferir a sentença final. A despeito de não poder o autor alterar o pedido, ou de fazer novo pedido, não se poderá deixar de atender a que, na contestação, o réu alegue algo de que depende o fundamento da sentença final. Aliás, o art. 109 foi explícito: o juiz da causa principal é também competente para ação declarativa incidental, cf. ~ 50 (em vez de "requerer", devia-se ter dito "pedir").

A diferenciação entre preliminares e prejudiciais tinha de atender: a) a que a preliminariedade é comum às preliminares prejudiciais e às preliminares não-prejudiciais, isto às que não prejulgam; h) a que o prejulgamento pode ser em exceções ou em ações. Mais nos há de interessar os que escreveram os processualistas brasileiros do século passado do que os estrangeiros deste século, principalmente italianos.

As questões prejudiciais podem ser julgadas antes de alguma ação, de modo que a coisa julgada funciona como prejulgamento, como se credor, que vai cobrar juros ou pena, entende, antes, propor a ação declaratória, ou incidental, como ocorre com a ação do art. 50• Aqui, para a prejudicial há de ser competente o juiz da ação proposta, que a julga incidenter tantum. Se a ação prejudicial não é da sua competência, mas precisa-se de sentença, tem de aguardar que o juiz competente a julgue, como ocorre com a ação de indenização se há ação penal sobre o ato de que se irradiou a responsabilidade.

O prejulgamento leva a eficácia da coisa julgada, ao julgamento posterior, dito,

ao falar-se de ações declarativas incidentes, julgamento principal. Ai, a eficácia da coisa julgada é material; formal só o é para a própria ação incidental, cujo processo se extinguiu.

Tem-se dito que a ação declarativa incidental amplia, dilata, o pedido. Rigorosamente, não há ampliação, não há dilatação. Há prelação, coloração específica de elementos do objeto do pedido. Prelata-se, prejulga-se, quanto ao objeto do pedido.

Erram os juristas estrangeiros que se preocupam com a ação declarativa, incidental ou não, para dar-lhe como característica a finalidade de obter a certezajurídica (e.g., Federico Cammeo, Le Azioni dichiarative nel Diritto inglese e nord-americano, Studi di Dirittoprocessuale in onore de Giuseppe Chiovenda, 174; Marco Tuílio Zanzucchi, Diritto Processuale Civile, 1, 6~ ed., 224), ou aquele que vê tal finalidade (só) nos três tipos de processo de conhecimento (conceito atinente ao processo: declarativo, condenativo e constitutivo, o que revela a confusão entre "cognição" no plano processual e elemento eficacial declarativo), como Francesco Carnelutti (Sistema di Diritto Processuale Civile, 138 e 151) e, no Brasil, Ada Pellegrini Grinover (Ação Declarativa Incidental, 50, s.). Se se trata na pesquisa do interesse na declaração de existência ou inexistência, em quase todas as ações há 5, 4 ou 3 de declaratividade. Não se há de perder tempo em se procurar o escopo típico porque esse é diferente nas cinco classes de ações, porque a preponderância de eficácia é que pode distinguir a finalidade. Se abstrairmos do peso preponderante e atendermos ao peso de eficácia, quer preponderante, quer imediato, quer mediato, livramo-nos das afirmações de Luigi Monte-sano (Appunti suíl' interesse ad agire in mero accertamento, Rivista di Diritto Processuale, VI, 1, 253, s.).

No Código de 1973, art. 50 fala-se da ação declarativa incidental se, no curso do processo, tomar-se litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender de decisão da lide. Qualquer das partes pode pedir que o juiz a declare por sentença. O texto é menor do que o da Ordenação Processual alemã de 1877, § 256, para o qual, antes de se encerrar a audiência em que se profere a sentença, pode o autor, ampliando o pedido, ou réu, em reconvenção, requerer que haja a pronúncia sobre relação jurídica, controvertida no curso do processo, e de cuja existência ou inexistência dependa, no todo ou em parte, a decisão da lide. Mais amplo ainda o da Ordenação Processual austríaca, §§ 236 e 259. Porém não se

precisava frisar que não se exige o consentimento do réu para o pedido do autor, nem se exige o do autor para o pedido do réu.

Falar-se de aditamento é partir-se de principio da interpretação do pedido como se não abrangesse o da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica de que depende o julgamento. O veículo de dependência haveria de levar a ter-se com implícito no pedido do julgamento o da declaração da relação jurídica. Quem pede a condenação a prestar o que se prometeu, implicitamente pede que se tenham por existentes o direito, a pretensão e a ação. A afirmação da autonomia do outro pedido destoa de conhecimento científico dos pesos das ações. Quando se pede a declaração incidente, cinde-se o pedido ou o todo da contestação: faz-se autônoma parte do pedido, que não era, ou parte das afirmações ou negações feitas pelo réu.

Nem se pense em algo estranho à lide, nem se recorra à concepção de conexão de causas (e.g., Emilio Betti, Diritto Processuale Civile Italiano, 2a ed., 468). O que se pede é prejulgamento de um ponto ou de alguns pontos do pedido ou da contestação ou da reconvenção. Tem de haver controvérsia e pedir-se a sentença necessária ao julgamento da ação tomada principal, pela extração da parte do pedido, ou da contestação, ou da reconvenção. A prejudicialidade existia e faz-se objeto de ação incidental, o que seria de ser matéria da sentença definitiva (e.g.,) cidadania, estado civil, parentesco, relação jurídica de direito real ou pessoal de que se irradiou ou se há de irradiar o que é conteúdo da ação. Não se partilham bens de herança sem se saber quais os herdeiros ou qual o herdeiro. Não se desconstitui sociedade conjugal sem se afirmar que ela existia. Mais: tem de existir a relação jurídica, de que resultou alguma dívida de prestações, como a de aluguel. Não se tem como bígamo quem se casou duas vezes e se declara que o primeiro casamento não existiu, ou não tem eficácia. O réu, na ação de reivindicação, ou de vindicação de posse, ou de esbulho ou de manutenção, pode pedir a declaração de que é proprietário. Se a alegação do réu foi a razão de pedir o autor que se declare a existência ou inexistência de relação jurídica, não se diga que há novo pedido, porque em contestação, e não só em reconvenção, há pedido, e o autor tem de manter a controvérsia, que aí supõe pedido do réu. Não se diga, como Francesco Camelutti, que há extensão do processo: o processo supóe a relação jurídica angular e não há controvérsia que não surja da colisão entre o que afirma ou nega o autor e o que nega ou afirma o réu. Não há nada de novo se o que o réu nega ou afirma o autor afirma ou nega. Não há

extensão, não há acréscimo, porque o juízo teria de examinar o que o autor pediu e o que o réu contesta ou pede em reconvenção. Não é preciso que haja duas lides, fez-se prejudicial, pela preliminarização, a ação declarativa incidental. A angularidade da relação jurídica processual exige que se tratem as partes, autor e réu, como pessoas que pedem ao Estado. Não só o autor pede a tutela jurídica. Se o que uma parte pede a outra nega, há a controvérsia. É absurdo dizer-se que éindispensável à prejudicialidade que a questão já constasse do pedido do autor. Nada obstaria, por exemplo, que na ação divisória o herdeiro necessário ou legiimo pedisse a declaração de que o autor que se disse herdeiro testamentário não poderia herdar. O que o réu ou os réus alegam em contestação ou reconvenção é pedido como o do autor. O grave mal das proposições de Francesco Carnelutti a respeito, como um conceito defeituoso de lide, da ação declaratória incidental, proveio de não ter ele atendido a que, quando A propõe ação contra B, os dois pedem, os dois litigam, os dois dão ensejo à controvérsia, partindo de A ou B; e ambos têm interesse de agir. Advirta-se que a controvérsia somente pode ocorrer se o pedido do autor e o do réu se enfrentam, se lançam contra. É preciso que o juiz examine se a contestação ou a reconvenção nega relação jurídica de que se irradiaria a pretensão do autor, ou se afirma existir relação jurídica que atingiria o pedido do autor.

Na ação declarativa incidental o que ocorre é a autonomia de um ponto, que não estava no pedido, posto que implicitamente ligado a ele, e está na contestação ou na reconvenção, com a cisão do processo e do julgamento.

Dois julgamentos em vez de um só:. um, prejulgamento e o outro julgamento postenor.

Procurou-se exprobrar que houvéssemos admitido que partisse do autor o pedido de declaração incidente, sem que o réu haja contestado (art. 325), uma vez que não se aludiu a algo que estava pedido. O art. 470, que fala da

“resolução de questão prejudicial, se a parte o requerer”, não só se referiu a “réu”, mas sim a “parte”, e remeteu aos arts. 50 e 325, não só ao art. 325. No art. 50 diz-se que, “se, no curso do processo, se tomar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide, qualquer das partes poderá requerer que o juiz a declare por sentença”. A litigiosidade da relação jurídica pode advir de intervenção de terceiro (e.g., o terceiro disse que adquiriu do autor o bem que ele pede ao réu). O art. 325 só cogita da espécie de

declaração incidente se o provocou a contestação. O art. 50 não; porque somente prevê tomar-se litigiosa relação jurídica.

Pode o autor ter interesse em que se declare, em ação incidental, da existência ou da inexistência da relação jurídica, ou da autenticidade ou falsidade de documento (art. 4O)~ O art. 325 apenas concerne à litigiosidade resultante da contestação, razão por que dá o prazo de dez

dias para que o autor peça que o juiz profira a sentença incidente. Nada obsta que, na própria petição, peça o autor a ação incidental.

A ação declaratória incidental permite que se decida quanto à existência de uma relação jurídica, positiva ou negativamente, o que evita que a sentença não cogite de tão relevante preliminar. O que se supóe é na petição não ter o autor posto qualquer dúvida sobre a existência da relação jurídica, ou ter surgido depois, com a contestação, ou pela divergência que ocorreu. No art. 50 diz-se que qualquer das partes pode "requerer" que o juiz declare na sentença a existência ou inexistência (aliás, o termo próprio é "pedir", e não "requerer", pois há, na espécie, ação inclusa a pedido). A incidência, ai, é de ação, e não de simples questão prejudicial. Tem-se de distinguir o ponto prejudicial, a questão e a causa (ação) prejudicial, incidental ou não. Quem propõe ação declaratória de título executivo extrajudicial, ou mesmo judicial, ou de crédito ou direito real, para, com a sentença, ficar seguro sobre existência na propositura da ação condenatória, ou constitutiva, ou manda-mental, ou executiva, é autor de ação declaratória que não é incidental. A incidentalidade supóe estar em procedimento ação em que se fez necessário o julgamento da existência ou inexistência da relação jurídica. Essa, sim, éa ação do art. 50~ Há outros incidentes, tais como o de restauração de autos e o de atentado. O texto das Ordenações Afonsinas, Livro III, Título 55, * 1, era de grande alcance: E "Disseram os Sabedores, que nam tam somente estas suso ditas" exceções peremptivas, como ter havido sentença, transação ou juramento "embarguam a contestaçam, mas ainda todas aquelías, que per riguor de Direito tolhem a auçam principal, a saber, paga, e quitaçam, e todas aquelías, que nacem das conveenças feitas sobre alguú crime, ou injuria, ou qualquer outra auçam famosa, e bem assy quaesquer outras, que comcludaõ o Autor nom ter auçam pera demandar". Adiante, 3:"...pode-se aleguar em toda a parte do Juízo, depois que o Autor ouver provada sua tençam, com tanto que seja aleguada ante da Sentença defenitiva, ca depois della nom se poderá aleguar, salvo acontecendo essa Excepçam depois da dita Sentença". O

texto passou às Ordenações Manuelinas, Livro III, Tiulo 38, pr. e § 1, e às Ordenações Filipinas, Livro III, Título 50, § 1.

No Código de 1939 havia a ação declarativa incidental de falsidade (e.g., arts. 383, parágrafo único, e 717-719).

No art. 719, infine, dizia-se:

“Em qualquer hipótese, o processo e julgamento do incidente precederão aos da causa, que será suspensa”.

No art. 325 fala-se de pedir o autor, no prazo de dez dias, quando o réu contestar o direito que constitui fundamento do pedido, que ojuiz profira“sentença incidente”. Já no art. 50 se disse que, se, no curso do processo, se tornar litigiosa a relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento, qualquer das partes pode requerer que o juiz o declare por sentença. Aqui, no art. 325, só se cogitou do autor; porém, evidentemente, a regra jurídica se aplica ao reconvinte. Com isto não se afastam outros casos de legitimação ativa do autor ou do recorrente.

O art. 325 somente concerne à legitimação ativa do autor para pedir a declaração inicial da existência ou da inexistência da relação jurídica de que depende, no todo ou em parte, o julgamento da lide. Aqui só se cogita do autor. No art. 50, não: se, no curso do processo, se torna litigiosa relação jurídica de cuja existência depende o julgamento da lide, “qualquer das partes” pode pedir que o juiz a declare por sentença. Nenhuma referencia se fez ao prazo, porque, em vez de supor ter havido a contestação, apenas se alude à litigiosidade (controvérsia, discrepância).

No Código de 1973, além do art. 50 há os arts. 390-395. Com o art. 50 corrigiu-se a omissão do Código de 1939, que só se referia ao incidente de falsidade. No art. 109 explicita-se que o juiz competente para a causa principal também o é para a ação declaratória incidental.

No art. 984, o Código de 1973 estatui: “O juiz decidirá todas as questões de direito e também as questões de fato, quando este se achar provado por documento, só remetendo para os meios ordinários as que demandarem alta indagação ou dependerem de outras provas”. Já assim estava no Código de 1939,

art. 466. Os pesos 5, 4 e 3

de declaratividade que estejam na sentença que o juiz entendeu proferir fazem coisa julgada. Não importa se atendeu a que se aplicasse o art. 50, ou se sentenciou sobre todo o assunto, por exemplo, na sentença homologatória da partilha. Na ação de remissão, pode o executado pedir a declaração incidental de ter direito a remir, o que dificilmente é objeto de controvérsia. Bem assim o cônjuge do executado, que precise de afastar a dúvida quanto ao casamento ou àpermanência da sociedade conjugal, ou descendente ou ascendente se controvertido o parentesco. Dá-se se está em discussão a existência de relação jurídica de que derive direito de preferência ou direito de opção.

Se na reconvenção, ou na contestação, o réu alegou que não pode ser condenado ao que pediu o autor porque não é o autor o credor (e.g., não édono do imóvel alugado), o assunto não é para ação incidental, uma vez que o documento conste dos autos. Se o autor não pede a declaração em ação incidental, seria absurdo que se reputasse à sua omissão algo de confissão, ou confirmação do que arguiu o réu. A sentença tem de ir até aí, ou, melhor, tem de partir daí. Quando um juiz, em ação condenatória, constitutiva, ou outra, não pode decidir sem apreciar o que, pelo que consta dos autos, serve à resposta positiva ou negativa, tem de decidi-lo. Daí a importância de não se poder julgar, em muitos casos, sem que se decida, de início, quanto àrelação jurídica que há de existir na espécie. O peso 4 ou 3 de declaratividade é relevante, e não se diga, por exemplo, diante do art.

128 (“O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”), que quem pede a condenação não incluiu pedido da declaração do seu direito.

No art. 470 alude-se a questão prejudicial, que pode ser objeto de sentença, a fim de se frisar que há a ação declarativa incidental, e exigir-se ser competente ratione mate riae para esse julgamento e ser a soluçao

“pressuposto necessário para o julgamento da lide” (entenda-se: da ação principal). Isso não afasta que, se o julgamento do ponto controverso e necessário à sentença única, não o possa proferir o juiz, sem se ter pedido a ação declaratória incidental. Havia todos os requisitos e apenas não se deu a cisão. Não se interprete o art. 470

como se não tendo sido pedida a ação declaratória incidental não tenha eficácia de coisa julgada o que foí um dos pontos da sentença única. Somente não há a coisa julgada se a apreciação da questão prejudicial foi apenas

“decidida incidentemente no processo” (art. 469, III) e, portanto, não consta da sentença única (cp. art. 984), nem de sentença proferida em ação declarativa incidental (arts. 50 109 e 470).

Se A propôs ação condenatória contra B e B havia proposto ou propos após ação declarativa da existência ou inexistência da relação jurídica que se alega existir para a condenação, a sentença na ação de B, se transita em julgado antes da sentença na ação de A, aquela tem eficácia de coisa julgada material. Não se diga que só a ação declarativa incidental, que foi suscitada pela parte perante o juízo em que corria a ação, pode ter eficácia de coisa julgada material para a ação em que ocorreu o incidente.

O que o réu alegou na reconvenção e atinge o pedido do autor dá ensejo à ação declaratória incidental na ação de reconvenção, em que autor é o réu. Mas, mesmo que na contestação pelo réu não tenha ele posto o que suscitou a controvérsia, pode o autor pedir que se declare a existência ou a inexistência da relação jurídica, porque está em causa o seu interesse de agir. Dá-se o mesmo a propósito dos embargos do devedor, pois o sistema jurídico (cf. arts. 741, 1-111 e VI, e 745) o admite.

Fez bem Ada Peliegrini Grinover (Ação Declarató ri a Incidental, 93 s.) em mostrar que, a despeito de só se falar sob o Código de 1939, de declaração incidental de falsidade, havia outras espécies, e foi o seu livro o único, então existente, que se dedicou ao problema.

Não é preciso que haja incerteza para que se proponha ação, mesmo se a ação é declarativa. A incerteza não é pressuposto necessário de interesse de agir. A dúvida quanto a B pagar a A, ou concordar em que o negócio jurídico foi nulo ou que seria de mister propor-se desde logo a ação de mandado de segurança, ou executar-se no dia imediato ao vencimento o titulo extrajudicial ou a sentença, pode estar apenas na mente de A. Nunca se há de exigir que a incerteza exista, para se exercer a pretensão à tutela jurídica. A dúvida, a controvérsia, é elemento essencial para que ojuiz defira o pedido de ação declarativa incidental (art. 50); não, para a ação declarativa do art. 40 e parágrafo único.

2. Outras espécies O art. 325 somente cogitou da declaratividade da ação incidente. Outras ações há que são incidentais: as ações de garantia e outras que têm os terceiros intervenientes (art. 109).

Seção III

Dos Fatos Impeditivos, Modificativos ou Extintivos do Pedido

Art. 326. Se o réu, reconhecendo o fato em que se fundou a ação, outro lhe opuser impeditivo, modificativo ou extintivo') do direito do autor, este será ouvido no prazo2) de dez (10) dias, facultando-lhe o juiz a produção de prova documental.

1.Reconhecimento, impedimento, modificação, ou extinção Pode acontecer que o réu reconheça o fato em que o autor fundou a ação, mas outro fato, que ele alega, obsta a que exsurgissem o direito, a pretensão do autor e a ação, ou só a pretensão e a ação, ou só a ação, ou modificou a situação jurídica, ou a extinguiu. Vamos aos exemplos: a) O autor tinha prometido comprar o imóvel, mas, antes da escritura definitiva e da transcrição no registro, houve a desapropriação, e o réu, promitente vendedor, ainda proprietário pela falta de escritura definitiva e da transcrição, não foi receber o cheque com que o autor pensara pagar o preço do bem pré-vendido; b) O réu reconheceu que antes devia determinada quantia ao autor, mas que pagara dívida do autor, a seu pedido, em quantia correspondente a fração da sua divida; c) O réu reconhece o direito do autor, mas argúi que tal direito se extinguiu devido a condição resolutiva, que já ocorreu.

Oréu pode repelir as alegações do autor, ou admiti-las, e opor afirmativas de fato impeditivo, modificativo, ou extintivo do direito do autor. O art. 326 parte da suposição de que o réu reconheceu o fato em que se fundou a ação. Temos, porém, de partir de que a) o réu pode reconhecer o fato em que se fundou a ação e opor fato impeditivo, modificativo, ou extintivo do direito do autor, como b) pode não reconhecer tal fato em que se fundou a ação e opor fato impeditivo, modificativo ou extintivo, para a hipótese de ser admitido pelo juiz o que o autor alegou (e. g., diz o réu: se for julgado que o autor tinha tal direito, não poderia ele exercê-lo, porque houve prescrição da ação, ou teria de haver compensação, ou teria de atender a cláusula dos estatutos da sociedade autora que dá ao réu direito de preferência ou de opção). O reconhecimento do fato em que se fundou

a ação pode ser apenas por hipótese. Por exemplo: se o réu diz que houve negócio jurídico posterior àquele a que se refere o autor, ou que existe um e nunca houve aquele a que o autor se refere, tem de ser ouvido o autor, porque precisaria esse de ser ouvido, para poder produzir prova contrária ao que o réu afirma. Nada obsta a que o réu diga que não deve 2x, mas sim só x, ou que, se devesse, o que ele nega, só seriax. O autor de qualquer modo tem de ser ouvido e o ônus da prova é do réu, que fez tais alegações. O autor, no prazo que a lei lhe fixa, pode negar o que o réu afirmou, ou só em parte, ou admiti-lo.

Faculta-se ao autor a prova documental, sem que isso lhe retire a legitimação à produção de outras provas.

2. Prazo e produção de provas O autor é ouvido no prazo de dez dias e pode requerer que se produza a prova documental. Pergunta-se: se a prova do réu seria testemunhal, ou pericial, L,está inibido o autor de produzi-la?

De modo nenhum. Se, por exemplo, a modificação do direito teria sido por desapropriamento de seu bem, ou confusão, ou outra ocorrência, como ter o autor cortado as árvores, não se pode negar ao autor que tome parte na produção de provas. Ou se observa o art. 330, ou cabe o art. 331.

O réu que, a despeito do que o autor alegou e foi por ele reconhecido, opõe algo de impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, tem o ônus da prova (art. 333, II) e o autor tem de ser ouvido e pode apresentar prova documental. Pergunta-se: se o autor não repele o que o réu disse, j,cai ele em revelia? Não; o art. 319 não é invocável e o réu não se exime de ter de provar o que opôs. No art. 326 diz-se que se faculta ao autor a prova documental. <,Com isso se afastou a produção de outras provas? De modo nenhum. O que se permitiu foi que o autor, ouvido, possa desde logo apresentar a prova documental. Quando à audiência, não só lhe é facultado a prova documental (talvez, até, não tivesse podido ele juntá-la à sua contra-alegação). Qualquer outra prova é permitida, como a testemunhal, a pericial, já na fase probatória.

Seção IV

Das Alegações do Réu

Art. 327. Se o réu alegar qualquer das matérias enumeradas no art. 301, o juiz

mandará ouvir o autor no prazo de dez (10) dias, permitindo-lhe a produção de prova documental. Ver~ficando a existência de irregularidades ou de nulidades sanáveis, o juiz mandará supri-las, fixando à parte prazo nunca superior a trinta (30) dias').

Art. 328. Cumpridas as providências preliminares, ou não havendo necessidade delas, o juiz proferirá julgamento conforme o estado do processo, observando o que dispõe o capítulo seguinte2).

1. Alegação do réu antes de discutir o mérito Antes de compor o que há em sua defesa, no tocante ao mérito, tem o réu de alegar o que se lhe permite no art. 301, casos em que tem de ser ouvido o autor, no prazo de dez dias, com a produção de prova documental. A prova documental pode ser após o que o autor responde, mas respeitado o prazo. Se as irregularidades são sanáveis, ou se o são as nulidades, o juiz manda supri-las, com a fixação de prazo que nunca pode exceder de trinta dias. Observe-se que, mesmo se o réu nada alegou, pode o juiz, em qualquer dos casos do art. 301, exceto o do art. 301, IX (existência de compromisso arbitral), conhecer, de oficio, a matéria, e mandar que se sane o que é sanável, com o prazo de que acima se falou.

Todas essas providências são preliminares, em fase de saneamento.

As regras jurídicas processuais nada têm com o direito material, salvo se este impôs, por exemplo, algum rito especial, o que às vezes é heterotópico, mas tem de ser respeitado. Compreende-se que se dê trato especial, inclusive quanto ao prazo para o autor falar e ao prazo para se corrigirem irregularidades e se sanarem nulidades. O que não é sanável não pode ser recebido. Aliás há atos inexistentes e não só atos insanáveis. A atitude do juiz, nas hipóteses do art. 327, é apenas no tocante ao que até então ocorreu (inexistência ou nulidade da citação, incompetência absoluta, inépcia da petíçao ínícíal, perempçáo, litispendência, coisa julgada, conexão, incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização, compromisso arbitral, carência de ação, falta de autorização, compromisso arbitral, carência de ação, falta de caução ou de outra prestação que a lei exige como preliminar). O que após a defesa ocorre não é alegável, porque não ocorreu.

A despeito de se falar, no art. 327, de nulidades sanáveis, e não se diga que não há nulidade se faltou à autorização marital ou a outorga uxória (art. 11), ou se na

representação houve incapacidade processual ou a irregularidade da representação de alguma parte: se o juiz marcou prazo razoável para ser sanado o defeito e não foi cumprido, de que foi responsável o autor, decreta a nulidade do processo. A sanação, ai, é retirada de elemento do suporte fáctico. Se responsável foi o réu reputa-se revel. Se o terceiro, é excluido do processo. A lei fala de “defeito” para aludir a elemento fáctico de regras jurídicas diferentes (a do art. 13, 2~ alínea, 1; a do art.

13, 2~ alínea, II; a do art. 13, 2~ alínea, III). A nulidade só ocorre no tocante ao autor.

No art. 267, III, diz-se que se extingue o processo sem julgamento do mérito quando, por não promover os atos e diligências que lhe compete, o autor abandona a causa por mais de trinta dias. No art. 327 estabelece-se que, verificando o juiz a existência de irregularidades ou de nulidades sanáveis, o juiz mandará supri-las, fixando à parte prazo nunca supenor a trinta dias. Se o juiz fixou o prazo em menos de trinta dias e o autor não atendeu ao que lhe cumpria, pergunta-se: i,se o autor não respeitou o prazo de menos de trinta dias, há a extinção? A despeito da fixação do prazo em menos de trinta dias e da missão do autor, ou a) se entende que pode cumprir antes de se atingir o prazo para extinção (“por mais de trinta dias”, art. 267, III), ou b) se decreta a extinção findo o prazo que fora fixado em menos de trinta dias como específico, por se considerar prosseguivel o processo, a despeito do inadimplemento. A solução c) atende a que o art. 327 não se refere à extinção do processo e atinge qualquer das partes que seja constrangivel ao suprimento ou sanação, ao passo que o art. 267, III só trata de infração do dever do autor (“não promover os atos e diligências que lhe competir”) ‘ de modo que, ali, o juiz escolhe o prazo, porém, aqui, não.

2. Exame e saneamento Após o exame pelo juiz, que pode levar àconclusão de que tudo está em ordem, sem irregularidades ou nulidades, passa o juiz a sanear o processo, cuja natureza, após o Código de 1973, édiferente daquela que lhe atribuía o Código de 1939, assunto do comentário ao art. 331. Se, em vez de tal convicção, encontra o juiz irregularidades ou nulidades que foram alegadas, ou o não foram, pelo réu, dá o despacho que lhe compete: se há sanabilidade, para que se proceda ao saneamento; se não na há e ocorre alguma das espécies de extinção do processo, a decisão judicial rege-se pelo art. 329 (arts. 267 e 269, 11-1V). Há, porém, a hipótese do art. 330, que é a de poder o juiz, desde logo, julgar o mérito, com a sentença final. Note-se bem: a declaração de saneamento

não é necessária para esse antecipado julgamento da lide, dispensando-se, assim, exame pericial e a própria audiência de instrução e julgamento. Declaração somente há se é preciso que se produzam provas e se marque audiência (art. 331). Ao julgar o feito, o juiz implícita ou explicitamente considerou dispensado o saneamento.’39

Se não houve contestação, examina o juiz se se irradiaram os efeitos da revelia, ou se, a despeito da falta de defesa, a revelia não se produziu (art. 329). Se não houve a eficácia, ojuiz manda que o autor especifique as provas que quer produzir na audiência (art. 324). Se a houve, profere a sentença conforme o estado do processo; mas pode acontecer que, antes da sentença, o revel intervenha no processo, recebendo-o no estado em que se acha.

Se há contestação, pode dar-se que o réu tenha reconhecido o fato ou os fatos em que se funda a ação, mas alegue algo de imperativo, modificativo ou extintivo do direito do autor, que, assim, tem de ser ouvido no prazo de dez dias, podendo desde logo produzir prova documental (art. 326). Se o réu alega qualquer das matérias relativas ao processo, portanto estranhas ao mérito (art. 327), também é ouvido o autor no prazo de dez dias, com permissão da prova documental. Aí, pode apresentar-se necessidade de diligência para que algo seja sanado, ou se suprima alguma falta ou se suprimam faltas, e então o juiz manda que se atenda, em prazo nunca superior a trinta dias. O julgamento ou extingue o processo, ou diz que tudo foi atendido.

Capiulo V

DO JULGAMENTO CONFORME O ESTADO DO PROCESSO

Seção 1

Da Extinção do Processo

Art. 329. Ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos arts. 2672) e 269'), n0' lIa V, o juiz declarará extinto o processo').

1. Declaração da extinção do processo O processo extingue-se sem julgamento do mérito, ou com julgamento do mérito. Os arts. 267 e 269 trataram das espécies. Quando o juiz acolhe ou rejeita o pedido do autor, não há propriamente extinção do processo que se precise declarar (art. 269, 1). Terminou o processo com a sentença trânsita em julgado. Não assim se o réu reconhece, integralmente, a procedência do pedido, porque, aí (art. 269, II), a extinção depende da sentença do juiz, que é declarativa. Idem, se há transação (art. 269, III), pois depende de sentença. Se o juiz julga decadência ou prescrição (art. 269, IV), ou se o autor renunciou ao direito sobre que se funda a ação (art. 269, V), dá-se o mesmo. O julgado declara, em qualquer dessas espécies.

No art. 329 diz-se que, ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos arts. 267 e 269, 11-1V, o juiz "declarará extinto o processo". Não se fala, ai, de decretar extinção. Todos esses casos são de declaração, declaração explícita, à diferença da declaração no caso do art. 269, 1, que está implícita. A sentença, em todas as espécies apontadas, supõe fato ocorrido e o juiz que omite a declaração deixa de velar pela rápida solução do litígio (art.

125, II). Mesmo no que conceme ao art. 267, II e III, há declaração, porque, çlíante do ocorrujo, tem de haver a intimação pessoal da parte, para suprir a falta em quarenta e oito horas (art. 267, § lo), e só após isso há o arquivamento dos autos, "declarando" o juiz a extinção do processo. Após as quarenta e oito horas nada mais pode fazer o juiz do que declarar a extinção.

Com a renúncia feita pelo autor, ou pelo reconvinte, na reconvenção, há desfazimento do direito, que foi a causa da ação. Só é renunciável o que o direito material permite que se renuncie. Não se renuncia ao que éindisponível. Com a

renúncia, o devedor ou outro sujeito passivo de relação jurídica de direito material está completamente liberado. Aí, há a extinção do processo com julgamento do mérito (art. 269, V), o que leva o juiz a declarar a extinção do processo (art. 329). Com a desistência, o autor retira o exercício do seu pedido de tutela jurídica, a sua "ação", no sentido direito processual. O que alegou como direiúo seu continua incólume, porque apenas se retrai para não exercer o que quis exercer.

2.Extinção do processo sem julgamento do mérito Na fase da postulação diz-se, com a precisa extensão, o que se pede ao juiz, para que o Estado preste o que prometeu: a tutela jurídica. Após isso, vem a fase da instrução, posto que à própria petição inicial ou à contestação a partejá tenha junto alguma prova documental. Findo isso, ou, nos casos excepcionais, dispensada a instrução, tem o juiz de proferir a sentença. Com isso ele põe fim ao processo, mesmo quando seja necessário que o declare. O art. 267 éatinente à extinção do processo sem julgamento do mérito. O art. 267 rege as espécies e o art. 329 pôs tal extinção em primeiro lugar, depois, vem a extinção com julgamento do mérito, sem se precisar de declaração de estar extinto o processo (art. 269, 1), com a exigência disso (art. 269, II-V). Quando o juiz não encontra causa para a extinção do processo, procede ao saneamento e a lide continua, com a fase instrutiva.

Ao falar nos autos, em defesa, pode o réu apenas contestar no tocante ao mérito, ou alegar que faltou pressuposto para a constituição ou o desenvolvimento válido do processo, ou que houve perempção, litispendência ou coisa julgada (exceções), ou que algo faltou à ação (possibilidade jurídica, legitimidade das partes ou interesse processual), ou que houve compromisso arbitral. Quando, por não promover os atos e diligências que lhe competia, o autor abandona a causa por mais de trinta dias, a declaração da extinção pode ser requerida pelo réu, ou ser feita de ofício. Quando ficou parado por mais de um ano, por negligência das partes, cabe ao juiz declarar a extinção. É isso, hoje, uma das obrigações do juiz. Advirta-se que é de exigir-se a declaração da extinção se o juiz indefere a petição inicial, pois éo que se há de entender diante dos arts. 267 e 329.

As irregularidades sanáveis ou são sanadas, ou não no são; se insanáveis, nada se pode desviciar. Nas espécies do art. 267, IV, V e VI, o juiz não

pode prestar a tutela jurídica, porque o exercício da pretensão não respeitou as exigências legais.

Quanto às espécies do art. 267,111, que são as de ter o autor abandonado a causa por mais de trinta dias, surge um problema, diante do art. 267, § V. Ai está dito que se arquivam os autos e se declara a extinção do processo se a parte (ai, o autor, ou o reconvinte), intimada pessoalmente, não supre a falta em quarenta e oito horas.

Cogita-se de atos e de diligências que competiam ao autor e ele não promoveu o que lhe competia. Pode ter acontecido que algum ato ou diligência teve prazo, que se esgotou, e, uma vez que insuprível a falta, não se pode suprir o insuprível. Se o juiz, no exame do retardamento, não encontra nada suprível, o que se há de entender é que a intimação com o prazo de quarenta e oito horas é para que dê andamento ao processo. Aí, suprível é o tempo, e qualquer ato posterior que faça prosseguir-se no processo hasta para que não se tenha por extinto o processo.

3.Extinção do processo com julgamento do mérito No art. 330, 1, diz-se que o juiz conhece diretamente do pedido, se a questão do mérito é unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não há necessidade de produzir prova em audiência. Não estava isso no Código de 1939. O art.

803, parágrafo único, que também não tinha equivalente no direito anterior, alude à designação da audiência de instrução e julgamento, “havendo prova a ser nela produzida”. Está-se a falar de medidas cautelares, o que de certo modo remete ao art. 330, 1. Com isso, o que se tem por fito é o evitamento de audiências desnecessárias, com que, sem tal regra jurídica de dispensa, se avolumaria o número de pautas de audiências.

Acertadamente, o Código de 1973, art. 330, 1, estatui que o juiz tem de conhecer diretamente do pedido quando a questão de mérito é unicamente questão de direito, ou, sendo de direito e de fato, não há necessidade de produção de prova em audiência. Passa-se o mesmo em caso de revelia (art. 330, II), posto que possa o revel intervir no processo, em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se acha (art. 322, 2a parte). Essa intervenção tem de ser antes da sentença, ou se houve nova citação do réu (art. 321, 2a parte).

Se há reconvenção, tem o autor de contestar no prazo de quinze dias (art. 316).

Seção II

Do Julgamento Antecipado da Lide

Art. 330. O juiz conhecerá') diretamente do pedido, prole-rindo sentença2): 1 quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;

II quando ocorrer a revelia (art. 319).

1. Técnica legislativa O art. 330, para que não se retarde procedimento que de muito tempo não precisa, deu ao juiz a incumbência de conhecer, desde logo, do pedido, e proferir a sentença, se houve a revelia (art. 319), porque se reputam verdadeiros os fatos afirmados pelo juiz, salvo nas hipóteses do art. 320, ou se o revel a tempo se apresenta depois (art. 322, 2a parte), ou se o autor altera o pedido, ou a causa de pedir, ou suscitar ação declarativa incidental, com outra citação do réu, que tem prazo para responder (art. 321, 2~ parte).

Se a prova é documental e se a arguição de testemunhas é dispensável para se julgar o mérito, ou, afortiori, se seria impertinente, nada obsta a que o juiz invoque o art. 330, 1, pois não há necessidade de prova em audiência.

Mesmo que se junte algum documento, pode ser que tal documento não seja necessário ao julgamento do mérito da causa, e não há razão para que o juiz não adiante o proferimento da sentença. Aí, está o juiz fora do âmbito dos arts. 396-398, porque já se está em fase posterior à contestação e o documento novo não é destinado a fazer prova de fatos ocorridos depois de articulados, nem para o contrapor aos que foram produzidos pelo autor (art.

398). Portanto, o art. 398 seria ininvocável, máxime tendo ocorrido a deliberação do juiz de atender ao art. 330, 1, uma vez que não havia necessidade de produzir prova em audiência. O art. 397 só se refere ajuntada de documentos novos quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos fatos articulados, ou para os contrapor aos que foram produzidos aos autos. Fora daí, documentos novos não se juntam, ou, juntos, apenas servem para posteriores arguições.

Pode acontecer que o réu não negue a alegação ou as alegações sobre fatos, e só a quaestio iuris ou as quaestiones iuris sejam objeto do julgamento. Quase sempre é quanto à existência ou inexistência de determinada regra jurídica, ou de ter ou não mais ter vigência, ou sobre os elementos necessários ao seu suporte

fáctico. A apreciação que só é quanto à incidência no espaço também permite o que o art. 330, 1, prevê. Com a antecipação do julgamento pula-se a segunda fase do processo, que é a de instrução. Pode ocorrer que a questão seja de direito e de prova e que basté a essa o que já consta do processo. Não se diga que, tendo havido a revelia (art. 330, II) antecipa-se o julgamento porque há impossibilidade da produção de prova: o que se dá é que se reputam verdadeiros os fatos que o autor afirmou, o que permite o julgamento antecipado (arts. 319 e 330, II), sem que se preexclua a intervenção tempestiva do réu, que recebe o processo no estado em que se acha (art. 322, 2~ parte).

A necessidade da produção de provas em audiência pode resultar de ter o réu reconhecido o que o autor alegou, mas ter-se referido a outros fatos, em que se funda a sua defesa. Ai, se, por certo, não havia necessidade de provas para se admitir o que o autor dissera, mas há necessidade de se provar o que o réu alegou. Trata-se de eficácia impeditiva, modificativa ou extintiva do direito do autor. O autor tem de ser ouvido sobre os fatos alegados pelo reu. Se acolhe o que na defesa foi apontado, então pode o juiz conhecer, diretamente, da questão de direito e de fato.

Pode não mais haver necessidade de prova dos fatos se, com a petição, ou com a petição e a contestação, se produziu a prova documental suficiente para o julgamento. Aliás, pode acontecer que a prova que o autor queria produzir, ou que o réu queria produzir, é desnecessária, ou, a fortiori, inadmissível.

Se os fatos não precisam de outras provas, ou de prova, razão por que não se podem ter como controvertidos (e.

g., autor e réu os reconhecem), ou o que se apresentou na primeira fase processual basta para se terem como verdadeiros, o que se estabelece é a dispensa da audiência, e o juiz conhece, diretamente (sem precisar da segunda fase do processo), do pedido. Pode só haver questão de direito, ou havê-la e a de fato ou de fatos, que não precisem de provas. A prova em depoimento da parte, ou testemunhal, ou pericial é que faz necessária a audiência. Pode dar-se que o juiz entenda fazer inspeção judicial, mas essa diligência não é em audiência: pode ser em qualquer fase do processo (arts. 440-443).

Se há fatos controvertidos e fatos que o não são, o juiz somente pode antecipar o julgamento se, quanto àqueles, entende desnecessária a prova em audiência.

Mesmo no caso de revelia, a despeito de ter ocorrido a eficácia da veracidade do alegado pelo autor, ou pelo reconvinte, pode ocorrer que a atitude do réu baste para convencer o juiz. O art. 319 faz efeito da revelia reputarem-se verdadeiros os fatos afirmados pelo autor (art. 319), e não o de se ter como procedente o pedido do autor. Tem o juiz de examinar se foram satisfeitos os pressupostos do processo e se o pedido do autor é de acolher-se. Dai a razão para o autor, a despeito de ser revel o réu e de ter incidido o art. 319, poder requerer produção de prova, de que precise, o que o juiz somente pode indeferir se profere desde logo a sentença a favor do autor.

2. Dispensa legal de saneamento e de audiência Os pressupostos do art. 330 são para a antecipação do julgamento da lide; mas atendido o que acima dissemos quanto aos arts. 322, 28 parte, e 321, 2~ parte.

Pergunta-se: se a questão de mérito for unicamente de direito, ou de direito e de fato, sem necessidade de se produzir prova em audiência, ou houve revelia, mas ocorreram atos de saneamento, i,é preciso que se profira qualquer despacho? Seria supérfluo, porque a sentença, que se vai proferir, declara, implicitamente, que não há ou não mais há irregularidades ou nulidades.

Ojulgamento antecipado da lide tem finalidade de evitar maiores despesas e ao mesmo tempo diminuir o tempo para que se ultime o processo.

Art. 33J 140 Se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes4 > e a causa versar sobre direitos disponíveis o juiz designará audiência de conciliação7>, a realizar-se no prazo máximo de trinta dias à qual deverão comparecer as partes ou seus procuradores, habilitados a transigirQbtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação , o juiz fixará os pontos controvertidos’2>, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas>4>, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário 1. Conceito de saneamento do processo O saneamento do processo compõe-se de atos judiciais, abrangentes de múltiplas resoluções do juiz, declarações de vontade umas e comunicações de vontade outras; de modo 140 A atual redação do art. 331 é a que lhe deu o art. t0da Lei n0 8.952, de 13.12.94. Reproduz-se, nesta nota, o texto anterior, com os números dos comentários que lhe fez Pontes de Miranda, preservados para manter intacta esta obra e também pela atualidade de muitas das lições que neles se colhem: “Art. 331. Se não se verificar nenhuma

das hipóteses previstas nas seções precedentes, o juiz, ao declarar saneadot>2> o processo: 1 decidirá sobre a realização de exame pericial, nomeando o perito e facultando às partes a indicação dos respectivos assistentes técnicos3> II designará a audiência de instrução e julgamento, deferindo as provas que nela hão de produzir-se". São do atualizador os comentários ao novo texto, por isso impressos em caracteres diferentes.

que os efeitos, que possa ter, dependem de cada interrogação submetida à resolução do juiz (e. g., força formal de coisa julgada; força material de coisa julgada; força ou efeito executivo, mandamental, constitutivo, ou eficácia de alguma condenação incidente; efeitos anexos e efeitos reflexos). É quanto às questões neles tratadas que se há de levantar o problema de preclusividade, ou não, de recurso que cabe, se recorrível a decisão, a reconsiderabilidade a requerimento ou de ofício etc. Trata-se de atos de procedimento.

Assim, para que o juiz chegue a decidir o que incumbe para a realização do exame pericial e para deferir o pedido de provas que se têm de produzir, têm-sede miudear as questões, que o juiz vai resolver, para, a respeito de cada uma delas, se lhe apurar a força ou efeito. Ora tem força ou efeito mandamental, ora não no tem; ora tem força ou efeito constitutivo, ora não no tem; ora tem força ou efeito condenatório, ora não; ora tem força ou efeito executivo, ora não; ora tem força ou efeito de coisa julgada formal e material; ora nem um nem outro; ora somente formal.

A declaração de saneamento encrava-se no desenvolvimento do processo, como ato do juiz após o procedimento preliminar. Historicamente, os Romanos tiveram a contentio de ordinando iudicio, de modo que se distinguiam a ordinatio iudicii e a sententia iudicis. O processo germânico investigava, antes da sentença, a obrigação de entregar a prestação jurisdicional. No processo medieval italiano, os praeparatoria iudicii precediam a litis contestatio. Já os Gregos, nos tribunais democráticos, separavam em dois estados o julgamento, sem que o partissem como os Romanos in iure, in iudicio, mas, sem dúvida, quase como eles. Havia a do magistrado, que talvez fosse mais ação preparatória (Paul Vinogradoff, Outlines ofHistorical Jurisprudence, II, 145 s.) do que estado do processo; e nela ficava assente a questão, com certo caráter de prejudicialidade. Os magistrados que conduziam anácrise eram ajudados por conselhos jurídicos

. Parece, porém, que se podia alterar esse julgamento, a crer-se em discurso de

Demóstenes contra um tal Zenótemis. As questões processuais eram incluídas, posto que não necessariamente.

O processo de saneamento, com as providências preliminares e o exame das nulidades dos atos processuais, supõe a existência da relação jurídica processual e leva à sanação.

Todos os processos têm a prática da separação, como regra de método, ainda extralegal e sem distinção formal, porque a distinção é objetiva e se prende à preparação e à decisão do processo.

O legislador brasileiro não exigiu a audiência preliminar. Bastam o procedimento das providências preliminares e a declaração de saneamento, se é o caso.

O que é preciso é que só se decida quanto a mérito se o art. 301, VII e IX, ou o art. 330, o permite. Fora daí, dar-se-á, se se decide, omissão da audiência que se rege por seus princípios. Note-se: falta da audiência.

O saneamento do processo contém resoluções do juiz, espécie de pontos de parada em que: a) decide questões referentes à constituição da relação jurídica processual; b) estabelece, a favor do autor, o princípio de igual tratamento das partes, que a defesa, indo além da negação dos fatos afirmados pelo autor, quebraria; c) examina a legitimidade do interesse processual; d) pronuncia nulidades e ordena suprimento delas, ou repetição, se cabe; e) impulsiona a produção das provas, inclusive de ofício, na forma do art. 130;» defere ou indefere o requerimento de suspensão ou de extinção do processo; g) ordena de ofício a extinção. Os itens do art. 301 (cf.

art. 327) são imperativos para o juiz. O juiz deve atender ao que se lhe recomenda. Mas depende de cada assunto a qualidade da sanção da lei. O primeiro cuidado é o de exame da pretensão do autor a ter sentença definitiva, portanto incluido o de ato seu, posterior à citação, que possa fazer cessar o processo. Em geral, ao juiz cabe resolver, no saneamento: (a) a capacidade de ser parte; (b) a capacidade processual; (c) a representação legal; (d) a caução, ainda que tenha corrido em separado (art. 828); (e) a admissibilidade do procedimento, e. g., executivo; em vez de ordinário’4> (sem razão, F. X. R. von Fierich, Unzulãssigkeit des Rechtsweges, 91); (f) a suspeição do juiz; (g) a

incompetência do juízo;’43 (h) a exterritorialidade; (i) a coisa julgada em relação à pretensão, à sentença definitiva (Rudolf Pollak, System, 707); (1) qualquer nulidade; (k) mudança de procurador; (1) tudo que ordene o processo, levando em conta o seu fim. Também a capacidade postulacional há de ser objeto dele, se não se verificou antes.

Não se diga que, sob o Código de 1973, art. 331, o que acima se expôs é impertinente. Só se falou de saneamento do processo depois de se ter apreciado se ocorreu alguma causa de extinção do processo, sem julgamento do mérito, e pode ser qualquer delas, conforme o art. 267, I-XI, ou mesmo 141 Afirmação atrelada ao CPC de 1939, onde o procedimento executivo era modo de desenvolvimento do processo de conhecimento, no qual se cobrava título extrajudicial (cf. o art.

298 e seguinte daquela lei). No Código vigente, se, munido de título executivo extrajudicial (ar>.585), o autor propõe ação cognitiva, caberá ao juiz extinguir o respectivo processo, pela manifesta falta de Interesse, cabendo o indeferimento da inicial (arts. 295, III e 267, VI). Nada obsta, entretanto, a que o autor emende a inicial para converter a ação em executiva (ar>. 284).

142 A suspeição do juiz não é matéria para o saneamento pois a respectiva exceção suspende o processo (ar>. 265, III) e segue o procedimento dos arts. 312 e 314.

143 Se se trata de arguição de incompetência relativa, processa-se ela como exceção (art. 112), que segue o procedimento dos arts. 307 a 311, suspendendo o processo (ar>. 265, III).

extinção do processo com julgamento do mérito (art. 269, II-V), por ter o réu reconhecido a procedência do pedido, ou ter havido transação, decadência ou prescrição, ou renúncia ao direito sobre que se fundou a ação.

Além disso (art. 320), tem o juiz de verificar se a questão é só de direito, ou de direito e de fato, sem necessidade de prova em audiência (art. 330, 1), ou se houve revelia (arts. 330, II, 319 e 324), para que julgue desde logo. Saneamento só há se nenhuma dessas hipóteses se deu; portanto, a função do juiz, para declarar sanado o processo, depende das pesquisas indispensáveis, que os arts. 329 e 320 exigem, o que o próprio art.

331 fez explícito. (“Se não se verificar nenhuma das hipóteses previstas nas secções precedentes, o juiz declara saneado o processo”). Nada se declara sem se saber se existe: saneamento houve e faz-se a declaração.

Há a declaração, ainda que nenhuma providência se tenha decretado, salvo se cabe o julgamento antecipado do pedido (art. 330). A declaração diz, explícita ou implicitamente, que foi saneado ou está são o processo.

Como problema de técnica legislativa, sentia-se, de longa data, a conveniência de se separar e concentrar a apreciação de certas questões não atinentes ao mérito da causa, antes de se haverem empregado no processo esforço e tempo (princípio de economia processual). A solução de submetê-las, todas, ao princípio da eventualidade foi uma das soluções sugeridas, sem se ter, porém, chegado à exaustão. Outra, a da audiência preliminar ou de saneamento (solução austríaca). A solução do Código de 1939 foi a do despacho saneador, criado em Portugal pelo Decreto de 29 de maio de 1907, restrito ao processo sumário e depois acolhido pelo Código portugues e pelo brasileiro de 1939, com mais amplitude. Mas o Código volveu àconcepção das exceções dilatórias, de origem na Glosa e recebida pelo velho direito luso-brasileiro, segundo política fundada no princípio da eventualidade, sem que a sua atitude pudesse significar que o juiz estava inibido de conhecer, de oficio, por exemplo, da nulidade, por incompetência absoluta e da ineficácia por infração, da coisa julgada.

Olegislador de 1973 repeliu o conceito anterior de “despacho sanea 2.Precisões Deve-se ter todo o cuidado em se falar, a partir da incidência do Código de 1973, de “despacho saneador”, como se fosse o mesmo o conteúdo que tinha no direito anterior. Há o procedimento de saneamento, com um, dois ou muitos despachos; e somente depois que se

144 A expressão despacho saneador, contudo, subsistiu, não apenas na tradição, como também no próprio Código, onde se encontra, no art. 338, caput.

verifica não existir ou não mais existir qualquer das hipóteses previstas nos arts. 329 (aliás, arts. 267 e 269, 11-1V) ou do art. 331, é que se declara saneamento. No direito anterior, o despacho saneador era ato de saneamento. Passou a ser ato declarativo da sanação. Não mais é em despacho saneador que se determinam as providências preliminares. No Código de 1973, supõe-se que tudo já esteja saneado, para que então se faça tal ato judicial, com a sua explícita

declaratividade.

3.Conteúdo do saneamento No art. 331 está dito que, “se não se verificar” qualquer hipótese das Seções precedentes, o juiz, ao declarar saneado o processo, decidirá sobre o exame pericial, nomeando o perito e facultando às partes a indicação dos respectivos assistentes técnicos, e designará a audiência de instrução e julgamento, deferindo as provas que nela hão de produzir-se.

Entenda-se: se nada ocorreu do que se supõe nas Seções anteriores, ou se ocorreu e foi tudo saneado. O juiz tem, de regra, salvo na espécie do art. 330, de praticar esse ato judicial, que é despacho irrecorrível,’45 despacho que, na técnica do legislador de 1973, é declarativo da sanação, constitutivo do deferimento dos atos das partes e da própria nomeação do perito, além de mandamental no tocante a designação da audiência de instrução e julgamento, do comparecimento das partes, peritos, assistentes técnicos e testemunhas. Seria fora dos princípios que só se tivesse de proferir declaração de sanação se “nenhuma das hipóteses prescritas nas Seções precedentes” se verificasse. O juiz tomou, se foi preciso, as providências preliminares, com que saneou o processo.

Saneamento somente há se não teve o juiz de julgar extinto o processo (art. 329), ou se tem ele de julgar antecipadamente a lide se ocorreu revelia (cuja eficácia já examinamos), ou se a questão de mérito foi unicamente de direito, ou, embora de direito e de fato, não há necessidade de se produzir prova em audiência (art. 330).

O saneamento, hoje, provém das verificações anteriores de que cogitam os arts. 329 (declaração de extinção do processo) e 330 (julgamento

antecipado da lide); e o juiz profere o despacho declarativo de estar saneado o processo, decidindo quanto à realização do exame pericial, com a nomeação do perito e a permissão às partes de indicar os assistentes técnicos (art.

331, 1) e designação da audiência de instrução e julgamento, para o que 145O denominado despacho saneador constitui uma decisão interlocutória e não perdeu essa natureza depois da Lei n0 8.952, de 13.12.94, cujo art. 10 deu ao ar>. 331 a sua atual redação. Portanto, pode ser impugnado por meio de agravo de instrumento ou retido (ar>. 522).

defere ou não os requerimentos das partes, quanto às provas que querem produzir (art. 331, II). Se não há audiência de instrução e julgamento, nem exame pericial, é porque o juiz julga o processo sem se tratar de mérito (art. 267), ou julga o mérito por ter o réu reconhecido a procedência do pedido, ou ter havido transação, ou ter de ser declarada a preclusão (decadência) ou a prescrição, ou ter o autor renunciado o direito em que se fundou a ação (art. 269, II-V). Se tem de haver audiência de instrução e julgamento, então há o ato de saneamento.'46 Hoje, em vez de o despacho saneador ser aquilo de que cogitava o art. 293 do Código de 1939, relativo a muitas providências, apenas decide quanto ao exame pericial e designa a audiência.

Hoje, em vez de o juiz ter o examinar, no momento de proceder ao saneamento, a legitimidade das partes e dos seus representantes, a citação dos litisconsortes e do Ministério Público, ou mandar ouvir o autor se contra o fato alegado por ele e reconhecido pelo réu, esse traz algo contra o pedido, o requisito do legítimo interesse econômico ou moral, ou decretar as nulidades insanáveis e suprir as sanáveis, bem como as irregularidades a sua missão é apenas a de que acima falamos. Não mais se saneia, declara-se estar saneado.

Todas as providências são hoje preliminares. O assunto prende-se aos arts. 30,267, VI, 7043 47, 84. Advirta-se que o art. 267, ~ 30 permite ao juiz conhecer de oficio, em qualquer tempo e grau de jurisdição, da ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, acolher a alegação de perempção, litispendência ou coisa julgada e de que faltou algum dos pressupostos da ação, como a pontualidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual.

4. Conciliação e saneamento O processo judicial é dominado pelo princípio da celeridade, como deixa claro o próprio CPC quando, no inciso

IIdo art. 125, ordena ao juiz "velar pela rápida solução do litígio". Coerentemente, o Código instituiu o julgamento conforme o estado do processo: o juiz extingue o feito, ocorrendo qualquer das hipóteses do art.

267 e 269, lia V (art. 329), ou julga antecipadamente a lide, se a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência ou, ainda, se ocorrer a revelia e ela produzir o efeito do art. 319 (art. 330).

146O saneamento não depende da necessidade de audiência de instrução. Esta só se realiza, se se tomar necessária, como deixa claro a última oração do § 20 do ar>. 331 (vd., no texto, o coifleflsário 15).

Não incidindo os arts. 329 e 330, o procedimento ordinário e todos os demais procedimentos aos quais se apliquem as disposições dele (art. 272, parágrafo único) ingressam na fase que a rubríca da seçao lii do capítulo V do título VIII do Código denominou saneamento do processo. Consiste essa etapa na tentativa de conciliação das partes (infra, n0 7) e, frustrada ela, na decisão de questões processuais ainda pendentes de solução, no deferimento de provas e na designação da audiência, quando sua realização já se mostrar necessária.

Atente-se em que a tentativa de conciliação não depende da instauração da fase de que trata o art. 331. O inciso IV, acrescido ao art. 125 pelo art. 1 0da Lei n08.952, de 13.12.94, explicitou o que já se continha no sistema do Código: ojuiz deve procurar conciliar as partes, não importa o momento do processo, desde que vislumbre a possibilidade de levá-las ao acordo. Por outro lado, o saneamento do processo constitui atividade que o juiz exerce ao longo de todo o desenvolvimento da relaçao processual, do principio ao fim. Desde que recebe a petição inicial, ele vai, mediante sucessivos pronunciamentOs~ escoimando o processo de defeitos, para tornar possível o julgamento. A rigor, não existe uma fase de saneamento, mas uma atividade saneadora permanente, que ojuiz desempenha, em todas as instâncias, até a extinção do processo pelo trânsito em julgado da sentença, que o encerra. Dir-se-á que essa atividade subsiste a propria extinção, bastando que se imagine, por exemplo, o pedido de levantamento de depósito feito por parte cuja superveniente incapacidade ou representação irregular fará incidir o art. 13.

5.Conciliação e direitos disponíveis Se a causa versar sobre direitos disponíveis, o art. 331 manda que o juiz designe audiência (infra, n0 7), na qual buscará conciliar as partes. Chamam-se disponíveis os direitos suscetíveis de abdicação total ou parcial, por renúncia, ou por transação. Se o objeto da causa compreender direitos disponíveis, a audiência ocorre, ainda que a disponibilidade não abranja todos os direitos que se encontrarem em jogo no processo judicial.

O evidente propósito da lei, revelado não somente no dispositivo que agora se comenta, como noutros (v.g., arts. 125, 1V, 277, 447, 599, 1), épôr termo ao

litígio, evitando as delongas e os ônus do processo judicial, de tal modo intrincado que não constitui o meio ideal de solução dos conflitos, ou de tutela de interesses sociais relevantes. A processualística hodierna faz do órgão jurisdicional não apenas julgador como ainda conciliador.

A norma, que agora se analisa, dá visível demonstração desse empenho.

6.conciliação e direitos indisponíveis Cochilou o legislador~ ordenando a audiência de conciliação apenas quando a causa recair sobre direitos disponíveis porque bem pode ocorrer que ela verse direitos indisponívei5~

ainda assim suscetíveis de conciliação. Irrenunciáveis embora os alimentos, podem as partes acordar quanto ao objeto da prestação reclamada. Conquanto indisponível a paternidade~ ou afiliação, podem as partes da ação de investigação de paternidade extinguir o respectivo processo na audiência de conciliação, mediante o reconhecimento do investigado, ou a desistência da ação pelo investigante, que a prova dos autos mostra equivocado quanto à sua filiação.

Convém interpretar-se ampliativamente a oração “a causa versar sobre direitos disponíveis~~ do artigo agora examinado, a fim de que a audiência de conciliação seja designada sempre que o objeto do litígio puder ser alcançado por ato dos litigantes~ que leve à extinção total ou parcial do processo. Seria contra-senso só se aplicar literalmente o dispositivo, quando o inciso 1V do art. 125 dá poderes ao juiz para tentar, em qualquer tempo, a conciliação das partes.

7. Audiência de conciliação A audiência de conciliação não se destina à instrução do processo mas também não se limita à tentativa de acordo porque, frustrada a composição, deve o juiz proceder~ no mesmo ato, do modo que se explica adiante, sob os n0s 13, 14 e 15.

Aplicam-Se a essa audiência as normas dos arts. 444, 445 e 446, 1 e iii, 448, 2G parte, 449, 450 e 453. Nada obsta a que, tal como ocorre no procedimento sumário (SS 1”, 2aparte, do art. 277, na redação do art. P’ da Lei n0 9.245, de 26.12.95), o juiz se faça assistir de conciliador, que buscará mostrar às partes as inconveniências do processo e as vantagens da composição, atuando como mediador, porém despojado, obviamente, de qualquer poder decisório. Obtida a conciliação, o próprio juiz a homologa, como também só a ele cabem as

providências subsequentes ao insucesso da tentativa.

O Código não prevê sanção para o descumprimento da norma do art. 331. Por isso, a falta da audiência de conciliação não compromete o processo~ cujos atos posteriores serão eficazes. Entretanto, pode qualquer das partes. e, por igual, o terceiro interveniente ou prejudicado e o Ministério Público agravar do ato que indeferir o requerimento de realização da audiência ou, implícita ou explicitamente~ deixar de efe tivá-la (art. 522).

Constitui erro supor-se que a audiência de conciliação só pode levar à transação. Nada impede que, em vez de transigirem as partes~ o autor

desista da ação com o consentimento do réu, ou renuncie ao direito sobre o qual ela se funda, ou que o demandado reconheça a procedência do pedido, ou se institua juízo arbitral (arts. 267, VIII e ~ 40 e VIL e 269, II e V). Pode ainda o réu, na audiência, consentir a modificação do pedido ou da causa de pedir (art. 264), admitindo-se, ademais, a suspensão convencional do processo (art. 265, II).

Nada impede que, na audiência de conciliação, as partes se componham também sobre direitos não versados no processo, prevenindo lides futuras, ou solucionando conflitos atuais, porém ainda não submetidos ao Judiciário.

A oração concessiva que põe fecho ao inciso III do art. 585, na redação do art. J0 da Lei n0 8.953, de 13.12.94, aponta nesse sentido. Admite-se, pois, que a conciliação abranja direitos ainda não postos em juízo, desde que o juiz presidente da audiência seja competente para a homologação dela.

8. Realização da audiência Manda o artigo que a audiência se realize no prazo máximo de trinta dias da data da sua designação, que se haverá de fazer no prazo de que dispõe o juiz para cumprir o art. 328, que lhe ordena proferir julgamento conforme o estado do processo, cumpridas as providências preliminares, ou não havendo necessidade delas. Embora não se destine ao julgamento da causa, a audiência de que se cuida constitui ato que se insere entre as providências consubstanciadoras do julgamento conforme o estado do processo.

O injustificado descumprimento do prazo de trinta dias para a realização da audiência não repercute no processo. Ela será válida mesmo quando ocorrer

depois do trintídio, mas a desmotivada violação da norma permite a reclamação prevista no art. 198 e acarreta sanções disciplinares ao juiz faltoso.

9. Comparecimento ou ausência das partes Deverão comparecer à audiência as partes ou seus procuradores com poderes para transigir, diz o artigo. Todavia, constituindo a audiência um ato processual, o comparecimento só das partes, desacompanhadas dos seus advogados, impede a sua realização, conforme a egra do art. 36, salvo nas exceções que ele contempla. Sem a presença dos advogados não se faz a audiência, que deve ser adiada, se o juiz sentir as partes dispostas à conciliação, ou encerrada com a declaração de que se frustrou a tentativa de conciliação, e a adoção das providências subseqaentes.

O comparecimento pessoal das partes não é obrigatório, já que a elas se permite a representação por procurador com poderes expressos para transigir. Admite-se a outorga desses poderes a terceiro, que comparecerá com o advogado, ou ao próprio patrono (art. 38).

A ausência de qualquer litigante, ou de ambos, e de seus advogados, ou de procurador habilitado a transigir, ou o comparecimento apenas dos advogados desprovidos de poderes não acarreta sanção de nenhuma espécie para a parte. Presume-se, nesse caso, frustrada a tentativa de conciliação, cabendo ao juiz ir adiante e, no próprio ato, proceder conforme previsto no ~ 2 O, solucionando questões processuais pendentes, fixando os pontos controvertidos, dispondo sobre as provas e marcando a audiência, se já for o caso.

Nada obsta a que, por petição, qualquer das partes, ou ambas as duas, comunique ao juiz a impossibilidade de conciliação. Pode ele, ainda assim, designar a audiência, confiante em que os litigantes serão persuadidos à con~posição por seus esforços ou do conciliador. Não podem as partes obrigar o juiz a suprimir o ato. Se, contudo, diante da comunicação das partes, o juiz não vir conveniência na tentativa de conciliação, deverá se abster de designar a audiência, ou cancelar a que houver marcado e proferir decisão, adotando as providências previstas no ~ 20.

10. Conciliação e sentença Alcançada a conciliação, o juiz proferirá sentença, na conformidade do resultado obtido. Se da conciliação resultou desistência da ação, ou instauração de juízo arbitral, a sentença homologatória será apenas terminativa (art. 267, VII e VIII). Terá conteúdo de sentença definitiva, tanto nos

casos de reconhecimento da procedência do pedido pelo réu, de renúncia do autor ao direito sobre o qual se funda a ação (art. 269, II e V) quanto no de transação (art. 269, 111). O art. 584, III, na sua atual redação dada pelo art. JO da Lei n0 8.953, de 13.12.94, declara título executivo judicial a sentença passível de execução quando dela resulta obrigação de dar coisa certa ou incerta, de pagar, de fazer ou de não fazer. Se a homologação resultante da conciliação leva a prestação jurisdicional meramente declaratória, ou constitutiva, a eficácia resulta do trânsito em julgado da sentença homologatória. Aliás, as partes podem, na própria audiência, aquiescer à sentença homologatória, ou declarar sua renúncia ao direito de recorrer dela (art. 502 e 504), fazendo-a passar em julgado.

11. Frustração da tentativa e despacho saneador Com a oração condicional de abertura do ~ 20~ “se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação” a lei revela o seu propósito de não aplicar qualquer sanção à parte que não comparece à audiência, nem por si nem por procurador habilitado, ou cujo advogado fica ausente do ato. Nesses casos, como no de malogro da tentativa de conciliação, o juiz avança e, na própria audiência, decide questões processuais pendentes, fixa os pontos controvertidos, defere provas e, sendo o caso, designa a audiência de instrução.

Note-se bem: todas essas providências o juiz as toma na própria audiência, logo que frustrada a conciliação, e não noutro momento (nesse sentido, José Carlos Barbosa Moreira, o NOVO Processo Civil Brasileiro, J70 ed., p. 61 e meu livro A Reforma do Código de Processo Civil, 2~ cd., pp. 58 e 59). Para ressaltar o ponto, o anteprojeto de modificação do CPC, de 1985, dispôs, no ~ 30do art. 331: “não obtida a conciliação, na mesma sessão o juiz fixará o objeto da demanda” etc. Portanto, o juiz nao deve ordenar a conclusão dos autos, porém.

tomar as providências subseqUentes ao insucesso da tentativa de conciliação, imediatamente, na própria audiência, ditando a sua decisão ao serventuário que o assistir, ou escrevendo-a, nos autos. Não vejo razão que impeça ojuiz de escrever a decisão, lendo-a em seguida, sem embargo do entendimento de Barbosa Moreira op. cit., p. 61 de que não há ensejo para despacho saneador escrito (grifo dele).

Con quanto a tradição forense, a doutrina e o art. 338 denominem despacho saneador o ato, preferido na audiência, em seguida ao fracasso da tentativa de conciliação, ou êxito apenas parcial dela, não se trata de despacho, porém de

decisão interlocutória (art. 162, ~ 20), por isso agravável (art. 522).

12. Fixação dos pontos controvertidos Nunca vi cumprida a norma do art. 451, que manda o juiz, ao iniciar a instrução, fixar os pontos sobre os quais incidirá a prova. Ainda não vi, e díficilmente se verá, algum juiz cumprir a regra do ~5 2” do art. 331, que lhe ordena estabelecer os pontos controvertidos. Fatores de ordem múltipla, inclusive o descaso pela função, impedem o juiz brasileiro de obedecer às normas aludidas, cuja observância pressupõe o conhecimento do processo, que, muitas vezes, ele não examinou adequadamente antes da audiência. Entretanto, os comandos do ~ 2” do art. 331 e do art. 451 existem para ser cumpridos, disso resultando proveitosa instrução do feito.

Impõe-se ao juiz fixar os pontos controvertidos, sobre os quais incidirá a prova, excluindo os incontroversos, ou irrelevantes, assim como os pertinentes a fatos já provados ou notórios. Se excluir algum ponto, contrariamente à pretensão da parte, há sucumbência dela, geradora do seu

interesse de agravar. A falta da fixação de que se trata faz presumir que a prova é abran gente de todos os pontos suscetíveis de comprovação.

13.Questões processuais pendentes e eficácia preclusiva do saneador Pontes de Miranda tratou do objeto do saneador, ao longo dos comentários, divididos em três tópicos, que escreveu à primitiva redação do art. 331.

Acrescenta-se, agora, que o juiz deve decidir as questões processuais, à medida que elas forem surgindo no processo. Algumas dessas questões impõem solução imediata porque suspendem o processo, impedindo-lhe o desenvolvimento, como acontece com as exceções de incompetência, de impedimento ou de suspeição (art.

265, III). Se, no entanto, até a tentativa de conciliação, o juiz não decidiu alguma questão, deverá fazê-lo nessa oportunidade, por meio do ato denominado despacho saneador, que também lhe toca proferir, ainda quando for incabível a realização da audiência do art. 331 (v.g., a causa versa sobre direitos que não admitem composição).

Quanto à eficácia preclusiva do despacho saneador, devem-se distinguir as situações em que (a) o juiz simplesmente ignora a existência de questões

processuais pendentes e, sem nada declarar quanto a elas ou quanto à regularidade do processo, vai adiante e adota as providências do ~ 2”; (b) o juiz declara saneado o processo, deixando, entretanto, de decidir questões pendentes e (c) o juiz, efetivamente, decide essas questões, como lhe ordena o dispositivo.

Quanto à situação prevista em (a), nada obsta a que, depois do saneador, o juiz aprecie as questões pendentes, cuja existência desconheceu ao proferir essa decisão. Não se podem ter na conta de implicitamente decididas aspendências que ojuiz ignorou, nem, muito menos, se pretender que a parte possa ou deva recorrer da decisão que não houve. Se se permite o truísmo, o recurso pressupõe uma deliberação de que se recorra. Assim, no momento em que sobrevier a decisão, o sucumbe nte legitimado (art. 499) agravará dela. Não se pense em preclusão para o juiz, que, até a sentença, pode ocupar-se das questões processuais pendentes. O art. 267, ~S

30, deixa isso claro, quando lhe permite, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, conhecer da matéria dos seus incisos IV, V e VI. Quanto a (b), pode a parte opor embargos de declaração, para que o juiz supra a omissão e decida o que ainda não decidiu, ou agravar do despacho saneador, que declarou saneado o processo contrariamente à pretensão de pronunciamento sobre as questões pendentes. Quanto a (c), ou a parte recorre, por meio de agravo (art. 522), ou deixa ficar preclusa a decisão. Há muito_essa preclusão só alcança a parte, por força do art. 473 (meu Direito Processual Civil -estudos e pareceres, JO série, Saraiva, 5. Paulo, 1983, pp. 35 e 36) e não o juiz. Só a primeira vista pode estranhar que a preclusão atinja a parte e não apanhe o juiz (se a parte, por exemplo, não interpõe o recurso voluntário nas causas do art. 475, ocorre preclusão para ela; não para o juiz que, no tribunal, pode reexaminar a sentença, substituindo-a por outra de confirmação ou de reforma art. 512). ConseqUentemente, o juiz pode, até a sentença, rever sua decisão, dada no saneador, quando ela tiver por objeto aquelas matérias de que ele possa conhecer independentemente de provocação, em qualquer tempo (v.g., art. 113 e 267, sS 3”), antes de proferida a sentença de mérito, cuja prolação esgota o seu oficio (art. 463, caput). Por força do art. 130, também pode deferir prova que, no saneador, houver indeferido, se, posteriormente, a reputar necessária à correta instrução.

A questão da eficácia preclusiva do despacho saneador não é pacífica, nem nos tribunais nem na doutrina . José Carlos Barbosa Moreira, por exemplo (op. cit.,

pp. 62 e 63), entende que a preclusão se opera quanto às questões decididas, salvo a realização de provas (art. 130) e também quanto às não apreciadas, cuja solução cabia no saneador, executadas as que, àluz de regra legal expressa, ou do sistema do Código, possam ser decididas posteriormente.

14. Saneador e provas Frustrada a tentativa de conciliação, nos feitos onde ela se admite, ou independentemente dela, onde não couber, o juiz profere o despacho saneador, no qual, além das outras providências de que tratam o caput e o ~ 2”, determina as provas a serem produzidas no processo. Incumbe-lhe, então, deferir ou indeferir as provas postu ladas pelas partes e determinar, de oficio, as que entender necessárias. Pode ele, assim, determinar a juntada ou requisição de documentos, ordenar a produção de perícia, nomeando o perito, formulando os quesitos que ele próprio tiver e facultando às partes a indicação dos seus assistentes técnicos e a apresentação dos quesitos delas, bem como a tomada de depoimentos, pessoais ou de testemunhas.

Por força do art. 130, pode o juiz, em qualquer tempo, deferir provas que antes indefe rira ou das quais não cogitara, já que, conforme aquele dispositivo, ele deve determinar as necessárias à instrução do processo, cujo desenvolvimento pode mostrar a conveniência de prova que, anteriormente, parecera inútil. O princípio vigente é o da ampla investigação e da livre apreciação das provas (arts. 130 e 131), que valem pelo que mostram, sem que certa espécie delas avantaje outras. Não há razão jurídica nem lógica para atribuir maior ou menor significado à prova oral, à documental, ou à pericial.

15. Audiência de instrução OSS 2”do art. 331 veio explicitar o que já era do sistema do código: o deferimento de prova documental ou pericial não obriga, só por si, à realização da audiência de instrução e julgamento, que o juiz só deve designar se necessário.

Conseguintemente, no saneador o juiz só designará a audiência de instrução, se determinar a colheita de prova oral. Fora disso, não deve marcar a audiência mas limitar-se a ordenar a produção da prova documental, ou pericial, ou designar dia e hora para a inspeção judicial que pretenda fazer (art. 440). Concluídas essas provas, incumbe ao juiz sentenciar desde logo, depois de ouviras partes sobre documentos supervenientes, ou sobre o laudo pericial e pareceres. Se, entretanto, a produção dessas provas escritas revelar a necessidade de prova oral (v.g., esclarecimentos verbais do perito ou assistentes; depoimentos pessoais ou de

testemunhas), caberá ao juiz, só então, designar a audiência.No sistema do Código de Processo Civil, a audiência de instrução se realiza apenas quando útil, e sua prestança se prende à necessidade de colheita de prova oral. Desnecessária essa prova, a audiência não se realiza, cumprindo ao juiz sentenciar. O s~ 2” do artigo comentado afasta qualquer dúvida sobre o ponto, quando preceitua que o juiz designará a audiência, se necessário.

Capítulo VI

DAS PROVAS 1)2)3)4)

1. Conceito de prova A prova refere-se a fatos; portanto: a elementos do suporte fáctico, ao suporte fáctico e aos fatos jurídicos que de suportes fácticos resultam. Direitos, pretensões, ações e exceções são efeitos de fatos jurídicos: é preciso que se provem os fatos jurídicos para que se tenham por existentes, no tempo e no espaço, esses efeitos. Quando de diz “prove o seu direito”, “prove a pretensão, a ação, ou a exceção”, emprega-se forma elíptica; em verdade o que se pensou foi: “prove o fato jurídico de que se irradia o direito, a pretensão, a ação, ou a exceção de que se trata”. A prova concerne, portanto, à existência e à inexistência no mundo fáctico ou no mundo jurídico. Há prova de fatos do mundo fáctico e prova de fatos do mundo jurídico (= de suportes fácticos

+ entrada no mundo jurídico).

Os fatos compreendem os fatos que entram na composição de suportes fácticos e os fatos mesmos das regras jurídicas que incidem sobre aqueles. Em princípio, portanto, a regra jurídica teria de ser provada, como fato que é. A afirmação de existir tal regra jurídica (= ter de incidir) teria de entrar no tema probatório. a) A necessidade de ser conhecida de todos (e, pois, do juiz) a lei levou a se sobrepor ao principio de necessária alegação e prova dos fatos o da desnecessariedade da prova da lei <princípio da notoriedade absoluta da regra jurídica), que se traduziu no enunciado lura novit curia. b) A esse princípio abre-se a exceção para as regras jurídicas de que trata o art. 337. c) Do princípio da notoriedade absoluta da regra jurídica também é consequência o “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.

A prova de modo nenhum se reduz ao direito processual. Há meios de prova que constam de direito material e regras jurídicas em que se não admite outra prova

que aquela que o direito material exige para o instituto. Não se vá, porém, ao excesso de se considerar prova o elemento formal que o direito material faz essencial ao ato jurídico. Os elementos que compõem o suporte fáctico de alguma regra jurídica de direito material não são prova,mesmo quando se referem à manifestação de vontade e aos seus requisitos subjetivos e objetivos. Tais elementos a cada momento precisam ser provados e então se está diante da situação em que se tem de dar prova documental, testemunhal, pericial ou de outra espécie. Compreende-se que o direito processual, que se dedica à aplicação da lei, através da justiça, tenha de regular a atividade probativa, porém com isso não se pode esquecer o que o direito material preestabelece para que faça prova de algum fato, ato-fato jurídico, ato jurídico ou negócio jurídico. Dai termos escrito no Tratado de Direito Privado, Tomo III, 404: “Dizer-se que prova é o ato judicial, ou processual, pelo qual o juiz se faz certo a respeito do fato controverso ou do assento duvidoso que os litigantes trazem a juízo (cf. Meio Freire, Institutiones, IV, 126: “Probatio est actus iudicialis, quo litigantes iudici de facto controverso, vel de re dubia fidem in iudiciio faciunt”) é processualizar-se, gritantemente, a prova. A adução, introdução ou apresentação da prova tanto pode ser em juízo quanto fora dele. O herdeiro paga as dívidas de decujo, que se lhe cobram, com as provas produzidas; e aquelas pessoas que têm muitos negócios exigem que se apresentem as faturas, com as provas, para que se lembrem das contas que hão de pagar. Pensar-se em prova judícíal quando se fala de prova é apenas devido à importância espetacular do litígio, nas relações jurídicas entre os homens. As provas destinam-se a convencer da verdade; tal o fim. Aludem a algum enunciado de fato (tema probatório), que se há de provar. Não só têm por fim convencerem juizes, nem só se referem a enunciados de fato que se fizeram perante juizes. A adução ou apresentação da prova compreende a sua proposição (indicação da prova com que se provará o que se afirmou) e a produção (=

execução da prova). Meio de prova é o meio pelo qual se prova. Quando o juiz, ou alguém, perante quem se prova, julga provado o fato, em verdade enunciou, a seu turno, o mesmo que o interessado enunciara (= con venceu-se)”.

Quando o direito material não permite senão uma prova, inclusive diante de alegação de não existir, ser nulo ou anulável ou ineficaz algum ato jurídico, limita a litigiosidade. Atua no seu ramo ejá cerceia a produção de prova no campo do direito processual. O direito processual é direito de aplicação das

regras jurídicas, com a promessa de atender à tutela jurídica, a que o Estado se vinculou. A prova, no processo, é o que concorre para que o juiz, ao aplicar a lei, fique certo de que está a prestar, com exatidão, o que se prometera: a tutela jurídica. O

documento, por exemplo, de ordinário só diz o que o direito material exigiu ou permitiu. Quase sempre, toda a eficácia do documento proveio do direito material (instrumento público, instrumento particular com exigência de número de testemunhas, ou, por vezes, reconhecimento de firma).

No direito material, o que prova é o que tem, por si só, a eficácia de provar. No direito processual, a prova é para se chegar à certeza, uma vez que a litigiosidade leva a ter-se de afastar dúvida. Se o documento é perfeito, perante o direito material, basta ele para que nenhuma dúvida se tenha. Se se diz, na lide, que a firma não é da pessoa vinculada ao negócio jurídico, ou ao ato jurídico, a dúvida leva ao exame e as provas que se produzirem são para os resultados processuais. No plano do direito processual, importa-se o que está provado no direito material. Se divergência ou vacilação surge, o juiz tem de buscar o que seja verdade, respeitadas as regras de direito material e conforme o que lhe impõem as regras de direito processual. O juiz tem de chegar a uma conclusão, ao resultado suficiente e entregar, com exatidão, a prestação judicial de tutela jurídica, que o Estado prometeu. Há a prova preconstituída, a prova que é do direito material, eficácia dos seus fatos, e o direito processual a recebe e, após recebê-la, se precisa de convencer-se, atende ao que o direito material e o direito processual exigiram ou permitiram.

O juiz tem de apreciar, livremente, as provas, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, e tem de indicar na sentença o que o levou à convicção, ou às convicções (art.

131). No tocante ao laudo pericial ou aos laudos periciais, pode o juiz convencer-se com outros elementos ou fatos provados nos autos (art. 436).

No art. 332, o Código de 1973 refere-se a “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos”, ~ ainda que não os haja especificado, e diz que são hábeis para comprovar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa. Imperfeito e omisso o art. 208 do Código de 1939 quando apenas disse que eram “admissíveis em juízo todas as espécies de prova reconhecidas nas leis civis e

comerciais". Não só civil ou comercial é o direito material, que rege a prova. Pode ser direito privado e pode ser direito público.

2. Prova e formação da prova Os atos processuais ou se destinam a constituir, ou a conservar, ou a desenvolver, ou a alterar, ou a definir a relação jurídica processual. Ou são praticados pelos órgãos jurisdicionais,

147 O inciso LVI do art. 50 da Const. 88 declara inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Dentre essas, sobressaem as que se obtiverem mediante vioíaç5o do sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, tudo conforme o inciso XII do mesmo artigo.

ou pelas partes. O principal ato das partes é a petição inicial, com a sua conseqUência pedida, que é a citação da parte, constituindo-se, então, respectivamente, a relação jurídica processual e a angularidade. O ato capital dos órgáos de jurisdição é a sentença. Entre eles, pedido de prestação jurisdicional e entrega da prestação jurisdicional ou exame da prestação jurisdicional, estão os atos processuais que enchem a existência fluente da relação jurídica processual, a instância, no sentido próprio, que é o do direito processual, e também o do étimo.

Entre eles estão os atos de impulso processual, os de participação nela e os deformação do material ("matéria da prova") que servirá à cognição do juiz. O juiz é órgáo cognoscitivo do Estado, para a pronúncia de sentença, isto é, enunciados, julgamentos, que sejam a prestação estatal que o autor pediu. Esse conglomerado de fatos, documentos, interrogatórios e respostas, depoimentos, discussões etc., é o material das provas. De ordinário, esse material é levado ao processo, ou a produção dele é suscitada pelas partes, por ser ligado às afirmações de fato. Acontece, porém, que o Código de Processo Civil vibrou golpe profundo no princípio da dispositividade da prova quando redigiu o art. 130. Pondo-se de lado esse ponto, os princípios que regem as provas, no sistema do Código, são os seguintes:

(a) Os fatos que podem ter influência na solução da demanda são os fatos que as partes afirmaram, ou na petição inicial, ou na contestação, ou na reconvenção, ou

na contestação à reconvenção. Porém, não são esses os sós fatos que as partes afirmam. Desde que redigiu petição com pedido de citação, o autor afirmou fatos, que têm de ser provados e de cuja falsidade podem resultar penas (e.g., arts. 20 e 29). Os fatos afirmados têm de ser provados. À afirmação dos fatos correspondem o ônus de afirmar; àprodução das provas, o ônus de provar.

Fatos afirmados pelo réu, prova-os o réu.

(b) A existência de fatos afirmados por uma parte e pela outra, ou por algum, alguns, ou todos os autores ou por algum dos réus, alguns, ou todos os réus, põe o problema de se saber a quem cabe provar esses fatos afirmados.

É o problema do ônus da prova, que se não resolve na formulação de um só ou poucos princípios, tantas são as razões para se atribuir a uns ou a outros o encargo de provar, o onusprobandi. O primeiro desses princípios determinadores do ônus da prova é o de que A quem afirma cabe provar. Em todo caso, esse mesmo princípio sobre exceções, de modo que afirmar e provar não coincidem em toda a extensao. Há afirmações implícitas ou necessárias que têm de ser provadas, posto que não feitas; e algumas afirmações dispensam a prova (e.g., a dos fatos notórios, ou afirmados por uma parte e reconhecidas pela outra, ou admitidos como incontroversos, ou suporte de presunção legal de existência ou de necessidade, art. 334, ou quando se der caso do art. 359).

O que alega tem de provar a alegação. Diz-se também que o ônus da prova incumbe a quem alega. Uma e outra forma são preferíveis às que aludem ao autor, ou ao réu, ou ao excipiente (e.g., Reus in excipiendo actor est; aliás, Actor in replicando actor est.). O que o excipiente tem de provar é o suporte fáctico, sobre o qual a regra jurídica incide, criando o direito de exceção.

Também o afirmar é suscetível de ônus, tal como o de afirmar que tem escritura de hipoteca se exerce a ação hipotecária, o de afirmar a filiação se propôs ação de reconhecimento, o de afirmar fato notório, em que se funda a causa, se bem que não lhe resulte disso o ônus de provar o fato notório (art. 334). Muitas vezes ocorre que se afirme mais do que se tinha de afirmar para fundar a causa, e então a prova desses fatos é supérflua, ociosa, inconcludente, porque nem havia o ônus de afirmar, nem há o ônus de provar.

(c) Assim, antes do problema de técnica legislativa e de interpretação, que

consiste em se saber a quem ocorre o ônus de provar, vem o de se assentar a quem cabe o ônus de afirmar e o que lhe toca afirmar. Cada parte tem de afirmar os fatos que sejam necessários e suficientes para que se conheça o caso da demanda judicial e se possa verificar se está compreendido no caso da lei invocada. Dentre esses fatos, alguns são admitidos (ou se prevê o sejam) pela parte adversa; outros, não. Chama-se tema probatório a afirmação de fato, ou fatos. Não se confunde, pois, com o tema jurídico, que não se prova.

(d) Os fatos que têm de ser afirmados são os fatos jurídicos formativos, extintivos, impeditivos, ou modificativos. O autor é carregado, de regra, com o ônus de afirmar o fato constitutivo da sua ação ou da exceção, em sentido do direito material. Aliás, de afirmar o fato formativo do direito de que emana a ação, sem que sempre se possa exigir prova disso (ação de domínio por parte do que sempre foi tido como proprietário, ação de reivindicação de títulos ao portador em que basta a posse, ação que as leis conferem “como se” houvesse o direito).

Quanto aos fatos impeditivos, extintivos, ou modificativos, a regra éque toca ao réu, e não ao autor, afirmá-los.

Mas pode dar-se que a ação se funde na modificação, ou mesmo em não se ter impedido ou extinto algum direito, como se daria na ação declarativa típica. Porém o fato impeditivo, extintivo, ou modificativo, favorável ao réu, pode ser afirmado pelo réu ou pelo autor, sem que isso obste à execução do ônus de afirmar. A confissão é prova que a si se tomou quem não tinha o ônus de provar; há, por igual, afirmação por parte de quem não tem o ônus de afirmar, e vale, eventual-mente, como elemento confirmativo.

(e) Alguns fatos são afirmados para se mostrar que os fatos jurídicos existem. Ajudam a afirmação desses fatos; não são afirmações deles. Não têm de ser provados, necessariamente, posto que talvez as provas deles auxiliassem à prova daqueles. É escusada a prova onde o fato já está provado (Assento de 25 de abril de 1770).

(J) As leis de direito material cogitam da prova e do Onus da prova, tão essencial lhes parece à constituição, impedimento, modificação e extinção dos direitos e ações. No direito processual, não há regra geral absoluta, quer apriori, quer de direito positivo, porque muitas são as razões que assistem ao afirmante para ser

crido fora do plano da prova. A primeira regra “Quem afirma tem de provar” (sujeita a exceções, conforme dissemos acima, em (b), partiu-se em duas: Necessitas probandi incumbiti et qui agit; Reus excipiendo fit actor, de duvidosa significação (L referia-se esse à prova? ~,que se há de entender por exceptio?).

(g) O Código de Processo Civil deixou, em princípio, às leis de direito material as regras jurídicas sobre a admissão dos meios de prova. Reservou-se a si as regras sobre processo e produção das provas.

Dissemos: o Código de Processo Civil deixou, em princípio, às leis de direito material as regras jurídicas sobre admissão de prova. Uma coisa é a admissão, e outra, a produção. No Código dc 1939, o art. 208 lia-se: “São admissíveis em juízo todas as espécies de provas rcconhecidas nas leis civis e comerciais”. Não precisava de tal referência, porque é princípio geral que o direito material (privado e público) é que concebe a necessidade, ou a possibilidade das provas. Ao direito processual apenas fica mostrar, como, nas ações processuais, se atende ao direito material.

(li) Até se proferir a sentença, permite-se a indagação, certa parcela de elemento lógico livre. Depois, o Estado atribui à decisão aquela rigidez derivada do trânsito em julgado. Durante o processo, ao lado daquele elemento lógico, e limitando-o, estão regras de direito material que vedam a prova testemunhal em certos casos e regras de direito processual.

(i) O cerne da demanda judicial é o interesse do autor, bem como o do réu, e a prova dele requer cautela, mais rigor, do que qualquer outra; é a do bem que se reclama, ligada à de regra legal que o assegure. Menos exigente é a técnica de julgar (e a técnica das leis processuais), com a prova dos fatos que constituem questões preliminares e prejudiciais (aquelas processuais e essas de direito material), anteriores à decisão sobre aquelas questões que vão constituir a coisa julgada. Adiante, arts. 468 e 469.

(j) As fontes romanas diziam: * Ei incumbil probatio qui dicit non qui negat, ou * Per rerum naturamfactum negantis probatio, nuila est, fórmulas que nem sempre são verdadeiras, o que as faz mais perigosas do que úteis.

A Idade Média pretendeu meter o ônus da prova em duas caixinhas normativas, e entalhou: * Affirmanti non neganti incumbit probatio; * Negativa non sunt

probanda. Mas, 4que é negativa? “Morreu”, isto é, “Não vive mais”, “Não morreu”, isto é, “Não (não vive mais)”, ou “Não [não (não vive mais)]”, ~qual delas afirma ou nega? Rosa branca, rosa vermelha, j,qual é a negativa? Se A propõe ação declaratória da não-existência de determinada relação jurídica ou de duas ou mais relações jurídicas, ~,A afirmou ou negou?

Nas Ordenações Filipinas, Livro II, Tiulo 53, ~ 10, os juristas-legisladores portugueses puseram à mostra o perigo da regra: “... os artigos não sejam meramente negativos, porque, sendo-o, não será a parte obrigada a depor a eles, salvo paras se deixarem no juramento da parte, contra quem se põem, e não para se dar a eles outra prova”. Mas, “posto que seja regra que a negativa se não pode provar, e por conseguinte se não pode articular” (suposição de coextensão entre ônus de afirmar e ônus de provar), “esta regra não é sempre verdadeira; porque bem se pode provar se é coarctada a certo tempo e certo lugar, e bem assim se pode provar, se é negativa, que se resolva em afirmativa, e pode-se ainda provar por confissão da parte, feita no depoimento”. Concluía-se: “E, pois tais artigos se podem provar, podem-se articular, e a parte, contra quem se põem será obrigada depor a eles”. Note-se, à permanência, a reminiscência do princípio inquisitorial da prova ônus do réu.

Desde muito que a jurisprudência brasileira praticava a doutrina de recusar juridicidade ao princípio de não se precisar provar a negativa. A Corte de apelação do Distrito Federal, a 27 de maio de 1915 (R. de D., 37, 483), falando do ônus da prova, pôs claro que independia de ser afirmativa ou negativa a alegação da parte.

(k) O juiz tem de se manter dentro dos limites da demanda. Assim, principio só suscetível de exceção em casos especialíssimos, que os legisladores evitam ainda quando lhes pareçam justificáveis, proibe-se-lhe constituir relação jurídica processual sem provocação, sem o estimulo vindo do exterior (Ne procedat iudex ex officio, Nemo iudex sine actore). Durante ela, obriga-o a lei a que se contenha dentro da relação jurídica processual tal como foi configurada (Ne eat iudex ultra petita partium) , quer dizer: nem dilate o pedido do autor, nem aquilo que o réu alegou em defesa, ou em exceção, nem suscite o que quer que seja, no processo, que mude a demanda, ou o afirmado e provado. A máxima Secundum aliegata et probata parti um iudicare debet inclui-se no princípio Ne eat... No Código de Processo Civil, o art. 130 de certo modo atingiu a ambos. O art. 131, de cheio. O elemento da publicidade dos documentos, perceptível, que aparece

no art. 399, inibe que se lhe atribua a mesma brecha que o art. 130 fizera, antes, ao principio dispositivo.

3. Livre apreciação da prova O princípio da livre apreciação judicial da prova (Grundsatz der freien richterlichen Beweiswurdigun) éaquele que dá ao juiz apreciar as provas livremente, a fim de se convencer da verdade ou falsidade, ou inexatidão parcial, das afirmações sobre os fatos da causa. Donde se tira que o juiz não está adstrito, sequer, a considerar verdadeiros os fatos sobre cujas proposições estão de acordo as partes.

(Certamente, se houve negócio jurídico bilateral sobre prova, no plano do direito material, tem esse de ser observado, porque concerne à res in iudicium deducta; trata-se de contrato de ônus de prova, Beweislastvertrag, cf. Leo Rosenberg, Die Beweislast, 2~ ed., 108 s. e 387 s.).

Na apreciação da prova, que é livre, pode o julgador chegar a consequências que não foram tiradas pelas partes.

O principio não se refere só à prova dos fatos em que assentam as alegações das partes, no tocante à res in iudicium deducta, também alcança fatos que ocorreram durante o procedimento, inclusive atos processuais das partes (Leo Rosenberg, Lehrbuch, 5~ ed., 505; Adolf Schõnke, Lehrbuch, 7a ed., 43). Para apreciar a prova, deve o juiz considerar o elemento probatório que foi produzido, os debates, as recusas em confirmar ou em dar informes, as infrações ao dever de veracidade, a qualidade e a atitude das testemunhas e recusas a depoimento.

Se alguma parte sustentou certeza de algum fato, tanto pode o juiz tirar dai conclusão a favor quanto contrária à manifestante, sem que essa se possa opor.

Provas a que faltaram requisitos essenciais não se levam em conta, tais como aquelas que, devendo satisfazer o princípio de imediatidade ou o de publicidade, não o satisfizeram.

Por outro lado, o juiz somente pode dispensar ou deixar de levar em conta alguma prova quando já tenha chegado a alguma convicção acerca do fato, que se quis provar. Esse ponto é assaz relevante na interpretação do art. 407, parágrafo único. Ai não se deu arbítrio puro ao juiz para a dispensa: pode dar-se que das restantes não se precise; e então pode o juiz dispensá-las.

Tem ojuiz de dar os fundamentos, que lhe assistiram, para a apreciação das provas: porque desprezou umas e acolheu outras, porque não atribuiu o valor, que fora de esperar-se, a alguma, ou algumas, e porque chegou às conclusões que expende. Sobretudo, não háde se deixar de considerar algum ponto do pedido ou da defesa, ou qualquer exceção de direito material que foi oposta.

Somente onde a lei o determine, tem o juiz de ater-se ao valor das provas, como se se trata da eficácia probatória da ata da audiência, ou de algum termo ou auto do processo.

Causas de difícil prova admitem provas menos idôneas (Ordenações Filipinas, Livro V, Titulo 135, pr. e §§ 1 e 2; Alvará de 30 de outubro de 1649).

4. Dever e ônus a) A diferença entre dever e ônus está em que (a) o dever é em relação a alguém, ainda que seja a sociedade; há relação jurídica entre dois sujeitos, um dos quais é o que deve: a satisfação é do interesse do sujeito ativo; ao passo que (b) o ônus é em relação a si mesmo; não há relação entre sujeitos; satisfazer é do interesse do próprio onerado. Não há sujeição do onerado; ele escolhe entre satisfazer, ou não ter a tutela do próprio interesse. Por onde se vê como a teoria do ônus da prova diz respeito, de perto, à pretensão à tutela jurídica. Isso não permite concluir-se que seja expediente para se basear a sentença quando faltem as provas dos fatos:

seria só se ver o ônus da prova como posterius. O ônus da prova éessencialmente prius; evita o non liquet.

Quem tem interesse na afirmação é que tem o ônus da prova; ônus, porque o provar é no interesse próprio, para que não caia no vácuo a afirmação. Tal interesse, que, em relação ao ônus da prova, se vê após os fatos que hão de ser provados, extrajudicial ou judicialmente, é o mesmo interesse que tem o figurante do negócio jurídico, o do ato jurídico stricto sensu em pré-constituir a prova (= antes dos atos jurídicos), ou de preparar a prova ou salvar a prova dos atos-fatos jurídicos, ou dos fatos jurídicos stricto sensu.

b) Ônus da prova é o ônus que tem alguém de dar a prova de algum enunciado de fato. Não se pode pensar em dever de provar, porque não existe tal dever, quer perante a outra pessoa, quer perante o juiz; o que incumbe ao que tem o ônus da prova é de ser exercido no seu próprio interesse. Dever somente há onde

se há de acatar ou corresponder ao direito de outrem, ou onde se há de ter certa atitude, concernente a si mesmo (F. Regelsberger, Pandekten, 1, 693; Franz Leonhard, Die Beweislast, 151). O que tem o ônus da prova pode dar prova, ou não; dá-la como melhor a poderia dar, ou deixar de dá-la como poderia; não tem dever, nem há, do outro lado, direito de outrem à prova; tudo se passa como a respeito de qualquer risco; posto que não se possa dizer, como Hermann Fitting (Die Grundlagen der Beweislast, Zeitschríiflir deutschen Zivilprozess, 12), que apenas se trate de expressão para as consequências práticas de outras regras jurídicas. O ônus da prova estabelece contra alguém que, se não der a prova, se terá como improvado o enunciado de fato. Ressaltaria ligação à máxima de contrariedade ou ao principio Quod non est in actis non est in mundo, se, por vezes, não se tivesse de considerar o ônus da prova somente no plano do direito material, evitando-se, então, qualquer subordinação dele à processualistica, embora, outras vezes, só se trate de ônus da prova no processo. Não se pode repetir, hoje, o que Adolf Wach (Die Beweislast, Zeitschriifiir deutschen Zivilprozess, 29, 362 s.) dizia, sobre ser contradictio in adiecto falar-se de ônus material da prova, que não no seja processual. O ônus da prova começa antes de qualquer demanda: preexiste a ela: a utilização processual é apenas a mais importante. Dai não se precisar da expressão “ônus de aclaração” (Feststellungslast) que alguns escritores propuseram (e.g., Leo Rosenberg, Die Beweislast, 39). Quando se discute qual o lugar mais próprio para as regras jurídicas sobre o ônus da prova, se o direito material ou o processual, não se atende a que a lei processual tem de se dirigir ao juiz para se mostrar qual a conseqUência que há de ter afalta de prova, se o onerado com ela não na deu, e qual o papel das negações pelo réu. Seja como for, a regra jurídica sobre ônus da prova é sobre discussão quanto à incidência da regra jurídica, o que, de si só, mostra haver regras jurídicas que não são atributivas de direitos, pretensões, ações, exceções, e sim de solução das controvérsias entre figurantes de cada situação. A regra jurídica sobre o ônus da prova não é de direito material (res in iudicium deducta), nem é processual; a existência do ônus é comum aos dois ramos do direito, porque conceme àtutela jurídica. O que se aponta como devedor pode exigir, fora do processo, que se prove a sua divida, para que pague. O que diz ter pago a dívida tem de exibir o recibo a quem de novo lha cobra. Pressupõe-se, sempre, um fato, de que possa surgir a conseqUência, e incerteza sobre o suporte fáctico.

No processo, os juizes ignoram, oficialmente, os fatos. Quem alega éque se

refere a fatos. Toda cognição supõe bases para decisões sobre regras jurídicas, sobre regras de experiência e sobre fatos. A decisão tem, em qualquer das três espécies, de ser justa (= exata). O ônus de comunicar éconcernente às três espécies. Pensou-se em distribuição subjetiva do ônus de afirmar e do ônus de provar; porém, em verdade, a distribuição é somente objetiva. Pode ser que o ônus da prova resulte de regra de direito material, e.g., se a lei estabelece que, não apresentado o recibo, até certa data, pode alguém solver por conta do que devia pagar: trata-se de interesse de aclaração, independente de qualquer discussão extrajudicial ou judicial. Mas, aí, já há alusão a suporte fáctico de alguma regra jurídica, e não precisamente de regra sobre ônus da prova.

c) No plano em que pusemos o problema e lhe apontamos a solução, as duas correntes (pela materialidade e pela processualidade da regra jurídica sobre ônus da prova) estão superadas. Quem tem a pretensão à tutela jurídica tem-na de acordo com as regras jurídicas sobre ônus da prova e sobre exercício das pretensões especializadas, quer em justiça de mão própria, quer em justiça estatal. O que tem o ônus da prova tem-no sem se indagar de qualquer elemento pessoal, salvo a capacidade de direito. Tal como se passa com tudo que se refere à pretensão à tutela jurídica. Aliás, essa impessoalização é ainda mais profunda, e tem razão K.

Wichmann (Die Beweislast beim Kauf nach Probe, 27) em mostrar que há certa inexatidão na regra Actore non probante reus absolvitur, pois, se o autor não prova, e outrem o prova, é como se o autor o tivesse provado. O

aspecto puramente objetivo do ônus da prova evidencia-se, o que serve para mais acentuar a natureza pré-

processual das regras jurídicas sobre ônus da prova. Nenhum dos princípios que cabem no de contrariedade, ou Verhandlungsmaxime, concerne ao ônus da prova; de modo que a parecença com qualquer deles não bastaria para se considerarem processuais as regras sobre ônus de prova. Quando se alega o fato, que seria concernente ao suporte fáctico, ou se diz que o suporte fáctico foi suficiente e não foi deficiente (afirmação essa que assentaria a existência, ou eficácia do fato jurídico, ou a existência, validade e eficácia do ato jurídico), ou se diz que o suporte fáctico foi suficiente, mas deficiente, ou se diz que foi suficiente, não-deficiente, mas ineficaz, ou que foi suficiente, deficiente e ineficaz, ou se diz que não foi suficiente, ou se diz que houve revogação,

resolução, resilição, ou rescisão, ou cancelamento ou outro fato extintivo, ou que falta eficácia total (= incluido o direito), ou a pretensão, ou a ação, ou a exceção. Tal enumeração aproveita os resultados da ciência de modo a superar-Se a velha distribuição em fatos afirmativos e fatos negadores, que compreenderiam os fatos negadores impeditivos, os suspensivos e os excludentes (cf. J. Maxen, Uber Beweislast, Einreden und Exceptionen, 1 s.). O mundo jurídico há de ser considerado como se tudo, nele, tivesse de ser provado: só o notório estabelece o que é, sem necessidade de prova, ao lado do que é, porque a lei criou (União, Estados-membros, Municípios, pessoas ffsicas), ou porque é vindo do mundo fáctico, como fato jurídico stricto sensu (nascimento, aniversario relevante para o direito, morte), se sem qualquer dúvida (= notoriedade ou evidência).

A necessidade de regras jurídicas sobre o ônus da prova começa desde todo o princípio, porque, fora as leis a que basta serem invocadas (exceto, portanto, as de que trata o art. 337), a notoriedade é matéria de regra jurídica sobre prova (art. 334, 1). O direito romano e o germânico deram soluções iniciais diferentes: a carga da prova, tinha-a, no direito romano, o autor; no direito germânico, o réu (cf. Heinrich Beckh, Die Beweislast, 15

s.). Ao princípio Necessitas probandi incumbit illi qui agit (L. 21, D., de probationibus et praesumptionibus, 22, 3) criaram-se exceções (L. 19, D., 22, 3): “In exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere”. Discutiu-se se o princípio primário seria o da L. 21 ou o da L. 2 (“Ei incumbit probatio qui dicit, non, qui negat”). A última opinião foi a de Irnério, que penetrou no Corpus iuris canonici e por muito tempo preponderou. Argumentava com a impossibilidade de se provarem negativas, o que Adolf Dietrich Weber (Uber die Verbindlichkeit zur Beweisfllhrung, 3a ed., 104 s.) pulverizou. Há menos número de espécies em que se pode provar a negativa, mas o princípio geral seria falso. Se écerto que se presume não ter sido, também é certo que se tenha de considerar como acontecido o fato, por isso que seria de esperar-se e, então, a presunção seria a favor da negativa. Isso não nos deve levar, como a E. Ch. Schneider (Volístândige Lehre von rechtlichen Beweise, 428) e Joseph Côppers (Beitrage zur Lehre von der Beweislast, 33), a exagerar o papel da presunção na seleção das regras jurídicas sobre ônus da prova. Temos de consider~r o status quo do mundo jurídico com o ponto zero dos fatos a serem afirmados, mas tal status quo é o de algum momento passado, o que tira quase toda a importância do conceito (cf. Carl Reinhold, Zur Lehre von der Beweislast, Zeitschríiiir

deutschen Zivilprozess, 20, 118 s.; Walter Camphausen, Die Beweislast bei der Rllckforderungsklage, 18; sobre o juiz ter de exigir causa ao que mudou, Hermann Fitting, Die Grundlagen, Zeitschríi fur deutschen Zivilprozess, 13, 18

s., e Bemhard Betzinger, Die Beweislast im Zivilprozess, 290).

Se é certo que, diante dos fatos, por sua obscuridade, pode o juiz dizer: “Non liquet” , o sistema jurídico veda-lhe declarar: “Non liquet”, no tocante às quaestiones iuris e à própria atitude a ser assumida quanto à entrega da prestação jurisdicional. As regras jurídicas sobre ônus de afirmar e sobre ônus de provar facilitam a missão do juiz; e a técnica jurídica procurou fazê-las com o máximo de atenção aos interesses das partes, como problema de aplicação do direito.

Seção 1

Das Disposições Gerais 1) 2)

1. Meio de prova Meios de prova são as fontes probantes, os meios pelos quais o juiz recebe os elementos ou motivos de prova: os documentos, as testemunhas, os depoimentos das partes. Elementos ou motivos de prova são os informes sobre fatos, ou julgamentos sobre eles, que derivam do emprego daqueles meios (quando a testemunha diz, por exemplo, que viu A ferir a B, ou assistiu à entrega da coisa por B a C). Diligências ou produção de prova são a atividade que se usa para que ao juiz se apresentem os meios de prova. A observação ocular, ou auditiva, ou, em geral, sensorial ou intelectiva do juiz, em contacto direto, são motivos de prova, que aparecem durante o processo, devido à imediatidade da instrução. A eles se refere o juiz quando analisa testemunhas, argumenta sobre a atendibilidade de certas provas produzidas, ou de certos fatos que se passaram na sua presença, de ciência própria. Muitas vezes dizem respeito a provas pré-constituídas, como os instrumentos de contrato, ou de declaração unilateral de vontade, e.g., a letra de câmbio, e a alteração de algarismos; outras, sobre interrupções de interrogatórios, em momentos delicados para alguma das partes, ou sobre outras provas simples.

Em toda prova há dois valores, o valor objetivo e o valor subjetivo, a que correspondem a eficácia objetiva e a atendibilidade.

A força probatória não se há de confundir com a eficácia objetiva, por existir

nela, junto a essa, a atendibilidade do motivo probatório, na qual o elemento subjetivo da convicção do juiz é a qualidade de um meio de prova (não de um motivo de prova); mediante tal convicção o juiz recebe o motivo de prova. Tem o meio de prova de se revestir dos pressupostos necessários e suficientes: (a) para ser admitido legalmente no processo (não ser louca a testemunha nem interessada no litígio, ser verdadeiro o documento, ou estar coagida a parte depoente etc.); e (b) para dar, no caso concreto, o motivo de prova dos fatos afirmados ou dos que os possam elidir (e.g., a testemunha depõe sobre o alegado, e não sobre circunstâncias que não o confirmam, nem o destroem: o documento sobre empréstimo há de provar que se emprestou etc.). A força probatória da espécie (a) se chaniaforça probató ria abstrata, e à da espécie (b),força probatória concreta.

2. Fim da prova A prova tem por fito levar a convicção ao juiz. A atividade, que o juiz exerce, para pesar o valor das provas, medir-lhes a força probatória, adicionando ou subtraindo valores, eliminando algumas, porque as contrárias têm força probatória maior, ou só lhes aproveitando a parte não destruída pela força probatória da prova contrária, denomina-se apreciação da prova. Quando ele encontra duas ou mais testemunhas acordes, porém existem dados contra a credibilidade delas, esse levar em conta a eficácia e a atendibilidade é pesagem da prova. O mesmo ocorre com a verificação da autenticidade do documento. Se, em vez disso, o julgador verifica até que ponto as testemunhas acordam entre si e desde que ponto discordam, para separar a parte confirmada e a parte díspar, mede as provas. Tal como se procurasse o que há de resultar do que depuseram as testemunhas e do que consta de outros motivos de prova, documentais ou indiciários, pró ou contra os depoimentos.

Para essa atividade apreciadora da prova, em que entram percepção, representação, memória, imaginação, raciocínio, supõe-se no juiz certo grau, médio, de cultura e um plus, que é o exigido para a função de julgar, segundo as convicções do povo, em seu estádio de civilização material e intelectual. Muitas vezes os erros judiciários são erros que têm de ser praticados pelo atraso do país e refletem, no juiz, o que se passa lá fora.

Nem ele, pelo fato de resistir à prática de tais erros, conseguirá que as sentenças da segunda instância sejam no mesmo sentido das suas, nem que os votos dos outros juizes, nos tribunais, estejam isentos da falta de discriminação de certas categorias de direito ou de certas convicções religiosas ou econômicas, que eles

sobrepõem, inconscientemente, “rationalizing”, como dizem os Anglo-Saxões, ao texto da lei, isto é, vendo o que está no espírito deles e não nos textos, que às vezes copiados de leis de povos adiantados, supõem certos conhecimentos de história do direito, ou de doutrina econômica, de institutos de reforma social, etc. Na apreciação, se bem que em menor dose, acontece esse rebaixamento das regras legais, ou a aceitação sem crítica de brocardos ou proposições doutrinais que já foram criticadas e destruidas como perigosas aos julgamentos. Por exemplo: quando se repete qualquer dos brocardos *Affir,,~nti non neganti incumbit probatio;

*Negativa non sunt pro banda.

Ainda com todos os elementos culturais, é de mister ao juiz o auxilio de pessoas técnicas. Outrora acontecia isso; e, mais do que outrora, hoje, com a crescente especialização que a civilização industrial veio exigir. Daí a necessidade do perito e das provas consistentes em laudos periciais.

Art. 332. Todos os meios legais2), bem como os moralmente leg(timos9, ainda que não especificados neste Código, são hábeis’) para provar a verdade dos fatos, em que se funda3) a ação ou a defesa.

1. Provas admissíveis em juízo 148~~~ A priori, a prova deveria, quando não fosse decorrente da forma do ato jurídico, pertencer às leis processuais, e somente a elas. O ser parte do direito material o regramento das formas dos atos jurídicos não implica que as provas o sejam, e sim que o legislador das regras de direito processual atenda aos princípios sobre formas, redigidos pelo legislador das regras de direito material. Não é novidade a exigência desse atendimento, porque todo o direito processual está interessado nessa alta consideração do direito material, como parte do direito objetivo, que o processo, por definição, tem por fito realizar. A posteriori, ainda édifícil exclufrem-se do direito material regras sobre provas, devido a elementos históricos que persistem, de origem germânica ou medieval, ou romana, materializadores das regras sobre prova dos atos jurídicos. Alguns julgados, no Brasil, ousaram dar a resposta a priori acima exposta: e.g., o acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 17 de abril de 1909 (R. F., 12, 334), que afirmou ser de direito processual a prova.

Outros, se bem que a separação das competências legislativas para o direito material e para o direito formal tivesse de ser feita (antes da Constituição de

1934), devido a ser aquela federal, e essa, estadual, estacaram, como o Tribunal de Justiça de São Paulo, diante da abstrusa discordância entre o critério da Constituição vigente e o resíduo histórico, germânico-feudal, do direito material invadente do formal. O Tribunal de Justiça de São Paulo estacou e disfarçou a dificuldade com a afirmação de que, no tocante à prova, não era dado traçar linhas divisórias (!) entre o direito formal e o material (22 de março de 1905, São Paulo Judiciário, VII, 278).

2. Direito material e prova A lei processual, ao enfrentar o problema da admissibilidade das provas, dos meios de prova, como espécies autônomas e ligadas ao pedido, nenhuma referência fez ao direito material; nem precisou fazê-lo. Antes já frisáramos que a atitude do Código de 1939, art. 208, foi supérflua.

Com a prova legal, logo se sabe que o suporte fáctico da regra jurídica de que se irradiou a relação jurídica, ou de que ela se irradiasse, diz o juiz se a relação jurídica existe, ou não existe, ou que o ato jurídico vale ou não vale, ou que tem ou não tem eficácia. A eficácia pode ter sido ou não ter sido no passado, ou ser ou não ser no presente, ou ser ou não ser no futuro. O juiz, no processo, está a cuidar da verificação da verdade para atender ao pedido ou à defesa contra ele. Mesmo quando se trata de ação rescisória de

148 Vd.anota 147.

sentença ou de Outros atos judiciais, ou provas legais, são provas pré-processuais, e não SÓ processuais.

3.Finalidade da prova A finalidade processual da prova é convencer o juiz. Além das qualidades humanas, que tem ele, ou de inteligência, de reflexão, de raciocínio, o Estado, que o fez seu órgáo, lhe impõe certas regras de convicção a que tem de obedecer, regras que vão de máximo (sistema da livre convicção do juiz) até mínimo de liberdade (sistema da taxação da prova). Tratando de fatos da vida ou do mundo físico em geral, toda prova é boa, se leva à verificação experiencial. No direito, entende-se que há de ser limitado o número de provas e se adotem momentos (coisa julgada) em que o provado e admitido se tenha por absoluto quanto à eficácia processual. Sempre que o legislador enfrenta o problema dos meios de prova, o que desafia é o balanceamento do que deve fixar e do que há de deixar ao elemento lógico e científico. Seja como for, nunca o

juiz é tão livre quanto o cientista; e> o cientista que se restrinja a meios e regras de prova limita a livre disponibilidade de espfrito, que lhe é essencial.

4. Meios moralmente legítimos O art. 332 fala de serem hábeis os meios moralmente legítimos, desde que’49

não especificados pelo Código. Os “meios”, aí, são os meios de prova. Tem-se apenas de apurar se moralmente são legítimos. Na Constituição de 1967, com a Emenda n0 1, o art. 153, * 90 estatui que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas”.’50 No Código Civil, art. 671, diz-se que é responsável por perdas e danos quem publica qualquer manuscrito (entenda-se também carta ou bilhete ou outro meio de comunicação datilografado, ou fotografado ou gravado), sem permissão do autor ou de seus herdeiros ou representantes. No parágrafo único acrescenta-se:

“As cartas-missivas não podem ser publicadas sem permissão dos seus autores o ou de quem os represente, mas podem ser juntas como documentos em autos judiciais”.

149O art. 332 não usou a locução conjuntiva condicional desde que, como escreveu o autor porque, se o fizesse, estaria, ilogicamente, considerando válidos apenas os meios de prova moralmente legítimos não especificados no Código. Serviu-se o legislador da locução conjuntiva concessiva ainda que, para incluir, dentre os admissíveis, os meios moralmente legítimos, mesmo que o Código não trate deles.

150Const. 88, ~ 50 XII, que inclui também a inviolabilidade das comunicações telegráficas e de dados, ressalvando, quanto às telefônicas, as provas que se obtiverem por ordem judicial, nas bipóteses e na forma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, o que exclui o uso delas no processo civil, ou melbor, em qualquer processo não-penal.

O direito de propriedade da correspondência epistolar não se transmiteao destinatário, se o remetente estabeleceu na própria epístola que o destinatário a restituiria (= lhe restituiria a posse), ou que a destruiria. Tal estipulação é ineficaz, se a carta, em si, tem maior interesse para o destinatário do que teria para o remetente a restituição, ou destruição (e.g., a carta ofende a honra de B, destinatário, ou prova que B pagou certa dívida de que não obteve a quitação

devida).’5’ Seja como for o destinatário somente éproprietário da carta por aquisição derivativa: o remetente transfere, em negócio jurídico abstrato, a propriedade da correspondência epistolar.

O direito ao sigilo epistolar pertence ao remetente enquanto não remete a epístola, e a ele e ao destinatário, desde que se fez a remessa. Problema extremamente delicado é o de se saber se esse direito é direito de personalidade, ou não. Até aqui, tem sido obscurecido pelos argumentos que invocam a renunciabilidade ao sigilo e outros fatos particulares, que destoariam dos direitos de personalidade. Não se prestou atenção a que direito ao sigilo supõe liberdade de não emitir o pensamento ou o sentimento, direito, esse, intransmissível e irrenunciável; nem a que, oriundo de exercícios de liberdade, o direito ao sigilo é direito até quando não se exercite, em sentido contrário ao sigilo, a liberdade de que ele provém.

Direito de personalidade, a respeito de sigilo da correspondência, é, fora de dúvida, a liberdade de não emitir o pensamento para todos ou além de certas pessoas. Dessa liberdade nasce o direito ao sigilo da correspondência, porque se exerce aquela. Portanto, da liberdade de se não emitir o pensamento irradia-se o direito ao sigilo.

Supóe-se exercido esse direito sempre que se escreve carta destinada a uma, ou algumas pessoas, determinadas, ou determináveis (aliter, “cartas abertas”); exclui-se tal exercício, se da própria carta, ou das circunstâncias, se há de concluir que se não quis o sigilo, ou que não se reputaria ofensiva ao destinatário ou destinatários a divulgação ou a comunicação.

O fundamento do poder de consentir, que tem o remetente da correspondência, está em que tem ele liberdade de fazer e de não fazer, de emitir e de não emitir os seus pensamentos ou sentimentos. Para que se não deixasse à mercê de verificações in casu, que “comunicariam” o segredo (que o desfariam), a pretexto de se lhe comprovar a existência, postulou-se a confidencialidade geral da correspondência, assegurando-se-lhe, in abstracto,

151Na esteira do exemplo: se a carta constitui a prova escrita que é condição da ação monitória conforme o asi. I.102a, enxertado no Código pelo art. l~ da Lei n’ 9.078, de 14.07.1995.

a inviolabilidade. Postulou-se a confidencialidade geral; entenda-se: abstraiu-se da confidencialidade in concreto.

Quando o emitente da carta permite que se lhe dê publicidade, deixa de exercer o seu direito de sigilar. Quando a pessoa fornece ao biógrafo pormenores da sua vida íntima, ou permite que esse a observe de perto, deixa de exercer o seu direito à intimidade. Quando a pessoa publica o seu diário, exerce a sua liberdade de emitir o pensamento ou sentimento, ou deixa de exercer a sua liberdade de não emitir o pensamento ou sentimento.

Nem o sigilo é essencial à correspondência, ou ao diário, ou à autobiografia, nem a intimidade velada o é a atos que não são, por sua natureza, pudendos.

O direito ao segredo epistolar compete ao remetente e ao destinatário. Se só um permite a exposição ou publicação, ainda não se pode expor ou publicar a carta. Para que um deles, só, possa expor ou publicar, é preciso que, quanto ao outro, algo tenha ocorrido, que preexcluiu a contrariedade a direito da exposição ou publicação; e.g., se se tem de fazer prova contra ele. O segredo opera para todos; o direito ao segredo é absoluto: terceiros não podem expor ou publicar a carta, sem que remetente e destinatário permitam. O

fundamento para que se exija, além do consentimento do remetente, o consentimento do destinatário, está em que pode aquele ter referido, na carta, fatos, sentimentos e pensamentos do destinatário, a respeito dos quais tenha ele direito a velar a intimidade,’52 ou que, segundo o costume e o teor da civilização, devam ser reservados. Já em 1906, Josef Kohler (Urheberrecht an Schriiwerken, 444)0 frisara. Se ocorre, de fato, não haver qualquer interesse do destinatário na vedação da exposição ou publicação, nem por isso se lhe dispensa o consentimento. Pode dar-se que o remetente precise de expor (incluída a exibição ,m juízo), ou de publicar, a carta que escreveu, e o destinatário não lhe dê~ o consentimento: os caminhos, que tem o remetente, são: a) a ação de exibição, pois à ação ad exhibendum basta algum ius (cf. L. 19, D., ad exhibendum, 10, 4: “Podem intentar ação ad exhibendum todos aqueles a quem interessa. Mas alguém consultou: j.,poderia ele mover essa ação para que se lhe exibissem as contas do seu adverso, que muito lhe interessava fossem exibidas?

Respondeu-se que se não devia interpretar com falsidade o direito civil, nem (só)

se captarem as palavras (neque verba captari), mas ser conveniente ter-se em conta com que intenção algo se dissera (qua mente quid diceretur). Porque , com tal razão (illa ratione), também o estudioso de alguma doutrina poderia dizer ser de seu interesse que se lhe exibissem tais e tais livros, pois, se lhe fossem exigidos, após os haver lido, mais douto e melhor seria"); b) a ação de cominação na sentença; c) a ação de preceito cominatório (Manuel Mendes de Castro, Practica Lusitana, 1, 164). O juiz examina, desde logo (e.g., pela cópia), se há interesse que supere o do sigilo, ou o consentimento do destinatário. Se há correspondências de três ou mais pessoas, entrelaçadas, de modo que a carta, de uma a outra, aluda, ou cite, ou transcreva a de tercelra pessoa, o consentimento dessa é de exigir-se, porque a dispensa importaria em se lhe negar o direito ao sigilo. Além da epístola continuativa (Josef Kohler, Das Recht an Briefen, Archivfiir Bargerliches Recht, VII, 103 s.), há a epístola com pluralidade de destinatários, ou pluridestinada, a epístola pluriconfidencial, isto é, a um só destinatário, porém pessoalmente extensiva (= para mostrar a terceiro), e a epístola em correspondência entrelaçada, de que se falou.

O direito ao sigilo cessa se falta, no suporte fáctico do ato fato jurídico de sigilar (ato-fato jurídico, tanto que o louco, o surdo-mudo que não pode exprimir a vontade e o menor de dezesseis anos podem estabelecer o segredo da correspondência), a negação de emissão ou publicação. Chegamos, assim, a poder explicar, de maneira cientifica, o direito ao sigilo:

é direito de personalidade nato; quando se exerce a liberdade de fazer e de não fazer, ou a de emitir ou não emitir o pensamento, a intimização, ou o segredo, que resulta do ato-fato do exercício de tais liberdades, é objeto de direito à intimidade ou de segredo. O direito ao segredo é o efeito do ato-fato jurídico, em cujo suporte fáctico está o ato-fato do exercício da liberdade de não emitir o pensamento ou os sentimentos. O

direito a velar a íntímídade é o efeito do ato-fato jurídico, em cujo suporte fáctico está o ato-fato do exercício da liberdade de fazer e de não fazer.

O direito ao sigilo também cessa quando outro direito mais alto está àfrente dele. Quase sempre isso ocorre se a coisa sigilada é meio de prova do direito mais alto. O remetente pode usar da cópia da carta enviada, ou da cópia do telegrama, radiograma, ou fonograma, ou pedir a exibição, sempre que seja para a tutela de direito mais alto. Seria ao mesmo tempo insuficiente e demasiado dizer-se "pode

usar para provar fato ilícito”(e.g., Adriano de Cupis, 1 Diritti della personalità, 129); o segredo pode ser mais importante do que o interesse que o ilícito, absoluto ou relativo, fere. Não se compreenderia que se exibisse a carta que se refere à fórmula do segredo químic0~ ou físico, porque o remetente, não-autor dela, ou não titular do direito a ela, afirma que nela está a resposta à sua oferta, com restrições. Se separável a parte, pode permitir-se a exibição, velada a outra.

Nem se pode pensar diferentemente no direito penal.

O direito do destinatário ao segredo da correspondência pode achar-se diante do direito de autor que toque ao remetente, se o conteúdo se presta a tal figura jurídica. Aquele é que se atende, salvo se não há confidencialidade in concreto e se o remetente retira, na publicação, a destinação (argumento: o remetente poderia tê-la endereçado (também a outrem). O direito do destinatário ao segredo não é ofendido (preexclusão da contrariedade a direito), se a exposição, ou publicação, é indispensável a direito mais alto: à vida, à integridade física e psíquica, à verdade, à honra, em juízo contra o remetente (direito à verdade).

Quanto ao destinatário, pode ele, em princípio, utilizar a correspondência para a tutela de direito mais alto.

Tem-se entendido que pode, sempre, ser utilizada como prova contra o remetente (Jules Valéry, Des Lettres missives, 243). Mas a essa solução, discutível em direto penal, pois há exibição em juízo pelo destinatário para defesa de seu direito, ainda que não haja consentimento do signatário, não no é em direito civil: se o segredo é de maior importância e inseparável do resto de carta, ou não há dever de exibição, ou a parte mesma acarreta com a cominação. Diz o Código Civil, art. 671, parágrafo único: “As cartas-missivas não podem ser publicadas sem permissão dos seus autores ou de quem os represente, mas podem ser juntas como documentos em autos judiciais’. Não há contrariedade a direito, se há necessidade de prova, a favor do destinatário.

A violação da correspondência, sem ser pela publicação, ou pela exposição, atinge o direito ao sigilo; não ao direito de autor, se o há. A exposição ou publicação é que viola a esse. Não se precisa alegar e provar culpa, num e noutro caso, para que se tenha a tutela jurídica. Trata-se de direitos absolutos. O direito penal pune o conhecer o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a~ outrem, ou abusivamente utilizar comunicação telegráfica, ou radiotelegráfica,

dirigida a terceiro, ou conversação telefónica entre outras pessoas e o abusar da condição de sócio ou empregado de estabelecimento comercial, ou industrial, para, no todo, ou em parte, desviar, sonegar, subtrair, ou suprimir correspondências, ou revelar a estranho o seu conteúdo. Cumpre notar que a tutela penal da inviolabilidade da correspondência é independente de ter sido exercido, ou não, o direito de sigilar (Cf. Vicenzo Manzini, Trattato di Diritto Penale, VIII, 739): não é preciso que a corres-

153No exame do tema versado no texto, deve-se terpresente aLei no 5.988, de 14.12.1973, que regula os direitos autorais. Há quem sustente (v.g., Theotomo Negrão, Código Civil e legislação civil em vigor, 1? ed., Saraiva, 5. Paulo, 1996, p. 139, nota 1

aos arts. 649 a 673, e, de novo, na p. 582, nota 1 ao art. 134 da lei aludida) que ela ab-rogou os art.s. 649 e 673 do Código Civil.

pondência seja, em si, confidencial; nem perde o seu caráter de correspondência epistolar a sobrecarta, dirigida a alguém, fechada, ou não, que contém apenas objeto expressivo (fotografia, tufo de cabelo, anel, dinheiro, página de livro, recorte de jornal), desde que se trata de objeto que pode traduzir pensamento~ vontade, ou sentimento.

O segredo da correspondência também abrange o telegrama, o radiograma, o fonograma (nota escrita para ser transmitida ou entregue ao destinatário) e o telefonema. Quem escuta o que alguém está a conversar no telefone, ou lê o telegrama, ou o radiograma, a ser transmitido, ou a ser entregue, ou fonograma, que vai ser transmitido, ou vai ser entregue ao destinatário, viola a correspondência. Bem assim, o que abre e lê o telegrama, ou radiograma, ou fonograma, já em mãos do destinatário, ou de outrem, por perda ou por ato de confiança, ou quem os lê ainda em mãos do remetente, ainda se esse não mais tem intenção de os remeter. A figura penal (não a civil) apenas exige plus, se não estava fechado o envoltório a utilização abusiva, ou a transmissão a outrem, ou a divulgação. O que, em qualquer das espécies acima, não lê, mas dá a outrem a ler, ou a destruir, ou destrói por si-mesmo (utilizando-se ou não), o telegrama, radiograma ou fonograma, viola a correspondência; bem assim, quem capta conversação telefônica entre outras pessoas, ou quem ouve, ainda sem a captar, e a divulga, ou transmite a outrem, a utiliza abusivamente. No direito civil, não se requer dolo ou culpa, por ser absoluto o direito, ainda quando haja comunhão do

segredo.

Tem-se discutido e alguns juristas têm afirmado a disponibilidade do direito ao segredo, porque se pode dar o consentimento para a exposiçao ou publicação. A questão, de si só, revela quão fracos eram os alicerces em que tais juristas erguiam as suas construções. O sigilo provém de exercício de direito à liberdade; e todos sabemos que alguns direitos se exercem por meio de negócios jurídicos formativos, ora por atos jurídicos stricto sensu, podendo ser tácita, ou presumida a declaração de vontade, ou por tacítos ou presumidos os atos-fatos jurídicos.

A inércia volitiva, que mantém o segredo, pode cessar; se cessa, a sigilação só existiu até esse momento: a proibição de não divulgar, ou devassar, termina; o suporte fáctico, a que se preexclui o elemento vedativo, expresso, tácito, ou presumido, não mais entra no mundo jurídico como fato jurídico de que irradie o direito ao sigilo. Falar-se de renúncia ao direito ao sigilo entender-se-ia, se melhor não traduzisse o que se passa a preexclusão do elemento do suporte fáctico. Falar-se de disposição é absurdo (e.g., Vicenzo Manzini, Trattato di Diritto Penale, VIII, 762; Adriano de Cupis, 1 Diritti deila personalità, 130). Também no direito penal, é no próprio mundo fáctico que se opera a eficácia do consentimento; se foi permitido a alguém abrir a correspondência, ou divulgá-la, o crime não se compôs. Com esse ato, o titular do direito àliberdade deixa de exercer ou cessa de exercer esse direito, não o direito ao sigilo, que é efeito e não se produz por falta da causa, ou cessou por ter cessado essa. Não pode haver renúncia ao direito de liberdade de velar o pensamento ou os sentimentos: é irrenunciável tal direito, como direito de personalidade, que é. Pode haver renúncia ao exercício dessa liberdade:

bastaria permissão na própria carta, ou em instruções. Se não na houve, o crime ou o ato ilícito civil se compôs; somente se pode cogitar de renúncia à pretensão ou à ação.

Com a morte da pessoa, que escreveu a carta, ou gravou o disco, ou filme, cessa o direito ao segredo. Todavia somente cessa para o que morreu, remetente ou destinatário. Quanto ao remetente premorto, não se transmite o seu direito; porque terminou com a morte. Diga-se o mesmo quanto ao destinatário premorto. Se morreram os dois, e não há outrem com direito ao segredo, somente pode ser tutelado, com o direito à honra, ou à verdade, o direito ao sigilo; e titulares, por direito próprio e originário, são o cônjuge, o ascendente, o

descendente ou alguém que lei ou negócio jurídico proteja. Todavia, se o segredo é tal que tenha valor patrimonial, os herdeiros do remetente ou do destinatário têm direito ao segredo, como incluso no seu direito patrimonial. Quem quer que divulgue, “sem justa causa”, conteúdo de documento particular, ou de correspondência confidencial (aqui, a confidencialidade é elemento do suporte fáctico do ato ilícito), de que é detentor, comete ato ilícito civil e criminal.

Os diários, as memórias, pessoais ou familiais, e as confissões têm o seu âmbito de sigilo: são unilaterais, no sentido de escritos que, por sua natureza, não se remetem a outrem; a comunicação abre, excepcionalmente, aquele âmbito, sem que se dê a bilateralidade ou plurilareralidade. Assim, se A o seu diário, ou as suas memórias, ou as suas confissões a B, para que leia todo o conteúdo, ou parte dele, B não precisa consentir, se A quer expor ou publicar tais escritos; nem B os pode reter, nem pedir que os dê, de novo, à leitura, nem tampouco que se lhe exibam. Diários, memórias ou confissões só se bilateralizam ou pluralizam quando duas ou mais de duas são as pessoas que escrevem, sem separação do conteúdo. Qualquer terceiro, por mais referido que seja o seu nome, ou referidos os fatos concernentes a ele, não tem direito ao sigilo epistolar. Pretendeu que o tivesse François Gény (Des Droits sur les lettres missives, 1, 223); mas sem razão: os direitos dos terceiros são outros, e.g., o direito à verdade, o direito à honra, o direito de velar a intimidade, não o de sigilo epistolar.

O segredo quanto a livros e outras obras em que não haja memória, pessoa, ou confissão, ou algo de íntimo a pessoa, ou não sejam, de si mesmos, de se ocultarem, não é de confundir-se com o Segredo que resulta do direito a velar a intimidade. Não se pode estender a essas obras o que o direito estabeleceu, através de lutas históricas, quanto à correspondência, nem o que se refere a peças confidenciais: o sigilo in abstracto e o sigilo pela confidencialidade nada têm com o guardar, em segredo, a obra sem elementos íntimos. O segredo das coisas não íntimas pode ser somente contido nos poderes que resultam do direito de propriedade (sou dono da jóia, e não quero que se saiba disso), inclusive literária, artística, ou científica, ou industrial. O poder de deixar inédito (direito potestativo) contém até certo ponto esse direito de segredo, pois que se não permite publicar, reproduzir, multiplicar, ainda que se confie ao editor, ou a outrem, a leitura do original, ou o exame da obra. Se essa pessoa, que lê ou examina, comunica a outro o conteúdo, causando dano a alguém, o seu crime ressalta.

Muito diferente é o da pessoa quando, recebendo sobrecarta que contém manuscritos, destinada ao mesmo autor (e.g., de outro escritor, para obter prefácio), a abre. Temos, assim, o sigilo da correspondência e do confidencial ou íntimo, que são conteúdo de direitos de personalidade, o sigilo conteúdo de direito patrimonial do autor, sigilo que pode só existir para o público, e não para as pessoas em que o autor confie. Se o autor permitiu (a quem o quisesse) ler o manuscrito do seu livro, no salão da biblioteca, nem por isso o editou: continua inédito. Bastaria tal circunstância para mostrar que o poder de não editar (dito de inédito) e o de manter em segredo a obra confidencial são distintos, se bem que ambos sejam manifestações do direito patrimonial do autor. Se há intimidade a velar-se o direito de personalidade está à frente e tem a sua tutela própria. Se o autor publica em jornais a obra, exerce, só em parte, o seu direito de edição, porém não há mais segredo. Nem segredo há se imprimir, apenas, alguns exemplares de obra não íntima e os expõe à venda, ou à subscrição de quem quer que seja. Não assim, se tira poucos exemplares, com o nome do proprietário de cada um, e a indicação “edição secreta”, ou “para leitura apenas de...” Se a obra é íntima, o direito de personalidade está à frente. Quanto ao segredo e ao inédito por se tratar de obra inacabada, ou que o autor não entende digna de se publicar, ou com defeitos a serem corrigidos, também não se pode, apriori , dizer que só está em causa o direito patrimonial de autor. Há momento, por exemplo, em que o autor reputa não identificável como obra sua o que fez; antes disso, a revelação dela como sua, ainda entre duas ou mais pessoas, contra a sua vontade, é violação do seu direito (de personalidade) à verdade. A revelação dela, como sendo obra ou escrito destinado à assinatura do autor, não viola o direito à verdade, mas pode violar outros direitos.

O segredo oralmente ou gesticularmente transmitido também é interesse tutelado. Se A comunica a B algo, sob segredo, e B o comunica a C, ou o divulga, B responde pelo dano que, comunicando a C, ou divulgando, causa a A, ou a D, se teve culpa. Não há, todavia, direito absoluto ao segredo oral ou gesticular. Pode haver o direito à prestação negativa, oriundo de negócio jurídico. Tal éo caso do sócio, ou do empregado, ou do comuneiro, que, em virtude da situação jurídica, se inteira de segredos que não constam de correspondência. O direito penal desinteressa-se, de lege lata, de toda a tutela penal em caso de segredo confiado, sem ser necessário fazê-lo (função, ministério, ofício, ou profissão do confidente): somente inclui entre os crimes revelar alguém, “sem justa causa”, segredos, de que tem ciência, em razão de

função, ministério, oficio, ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem. No direito civil, cabem a ação de indenização, a ação de abstenção e a de preceito cominatório. É preciso notar-se que o segredo profissional pode nada ter com a pessoa; ser a respeito de bens. Aí não se pode pensar em qualquer ligação à personalidade, ainda secundária. Por exemplo: segredo profissional quanto às mercadorias, aos materiais de construção, aos fichários de fregueses, a métodos de trabalho, ou à procedência de artigos.

As agências de informações, ou de investigação da vida pública ou privada são permitidas. À primeira vista, a atividade de tais empresas parece chocar-se com o direito a velar a intimidade e com o direito ao segredo.

Primeiro: quanto ao direito a velar a intimidade e quanto ao segredo, o direito mais alto, que se invoque para a pesquisa, justificaria de si só tal atividade, nos limites em que fosse necessário e não descendo à esfera que deve ficar acima de investigações, inclusive policiais ejudiciárias. Segundo: a própria esfera, que deve ficar acima de investigações, pode estar excepcionalmente acessível à investigação, no que concerne a direito da pessoa que a pede, ou à tutela assegurativa de algum interesse mais alto (e.g., a transmissibilidade de doença do noivo ou da noiva, cf. R. Schultz-Schaffer, Das subjektive Recht, 1, 239; a existência de relações sexuais adulterinas do marido ou da mulher; a vida pregressa da pessoa com quem alguém se vai casar). Em princípio, toda a vida patrimonial é investigável (H. Giesker, Das Recht des Privaten an der eigenen Geheimsphãre, 176), se não se viola domicfiio, ou correspondência, ou não se comunica a B o que A confiou àagência. A revelação das informações da agência, por ela, a outrem que o interessado, que as possa pedir, ou por esse a não interessados, expõe aquela

e essa às conseqúências da violação do direito a velar a intimidade, ou do direito ao sigilo da correspondência ou do segredo oral ou gesticular. Inclusive em se tratando de captação oculta, com fio ou sem fio. Outrossim, respondem a agência e o interessado, ou terceiro, que o repita, penalmente, pela calúnia, se obrou com dolo, ou, civilmente, pelo dano com culpa, ou pela simples violação, ainda sem culpa, do direito à verdade, à honra, àinviolabilidade do domicilio ou outros direitos absolutos. A permissão a alguém para entrar na casa não se estende à abertura de caixas, gavetas, cofres, ou armários, em que se guardem papéis, ou qualquer objeto fechado, ainda que sem chave (H. Giesker, Das Recht des Privaten, 38). Nem os domésticos, empregados pela agência de informações,

escapam, como os diretores dessa, à responsabilidade.

O segredo comercial, quando existe, é direito privatístico, a função de inquérito congressual é publicístico e passa à frente de óbices que não sejam constitucionais, ou criados pelas regras jurídicas de autolimitação das atividades congressuais (e.g., regimental).

Depois do que acima expusemos, temos de entrar em novas apreciações, que se relacionam com os meios moralmente legítimos. Os microfilmes, os slides, gravadores embutidos em estantes, mesas ou paredes, os computadores e outros meios de reprodução ou gravação não têm proibição. O que se há de examinar é aquilo que colhe, porque o conteúdo é que pode ofender o direito ao sigilo, ou não ser, por outro motivo, moralmente legítimo. O juiz, ao ter de negar ou admitir o meio de prova, há de recorrer ao direito material e até mesmo à Constituição, porque não fica às leis dizer, a seu arbítrio, o que se há de entender por sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas. Aliás, produzir prova, sem ser em segredo, em juízo, equivale a publicar. O juiz não pode permitir que alguém se defenda dizendo que a nota promissória foi dada em pagamento de atos sexuais, ou outra formalidade imoral; porém há de apreciar as gravações e outros meios, inclusive cartas e bilhetes, para se provar, na ação de separação judicial ou de divórcio, que houve adultério.

Art. 333. O ônus da prova) incumbe: ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito2); II ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor3).

Parágrafo único. É nula a convenção4) que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: 1 recair sobre direito indisponível da parte;

II tomar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

1. Onus da prova A incerteza a respeito de fato jurídico, no mais amplo sentido, ou é, em sua causa, subjetiva, ou é objetiva. A incerteza quanto ao suporte fáctico, inclusive quanto a negócio jurídico que nele esteja como elemento-fato (e somente assim pode lá estar), não é necessariamente objetiva: pode ser subjetiva, porque a pessoa, que se acha em incerteza, não tem informes suficientes sobre o suporte fáctico. Quanto à regra jurídica, que há, ou não há, de incidir, a incerteza pode provir de insuficiência de intérprete (e.g., superficial

conhecimento do direito), ou de defeito de termos, proposições, remissões, omissões, ou outra qualidade negativa de expressão da regra jurídica. Se a incerteza, quanto à sua causa, pode ser subjetiva, ou objetiva, a incerteza, em si mesma, somente pode ser subjetiva. Toda incerteza está em que alguém não se considera certo, suficientemente informado, sobre algum fato, inclusive sobre regras jurídicas. A incerteza éque recai sobre a regra jurídica, ou sobre o suporte fáctico, devido (a causa subjetiva ou causa objetiva) à deficiência do sujeito, que examina aquela, ou essa, ou à expressão do fato mesmo que entrou no suporte fáctico (e.g., sobre a suficiência ou deficiência desse, ou à expressão da regra jurídica). O que, lá fora, é, independe de ter sido mal expresso, ou de não estarmos a par do seu conteúdo; de modo que a incerteza, em si mesma, ocorre no sujeito.

A esse princípio da subjetividade de toda incerteza atendem regras jurídicas como o princípio Jura novit curia.

O ônus vai ao que alega, ainda quando alegue fato, modificação, ou extinção, juridicização, ou saída do mundo jurídico, insuficiência ou deficiência do suporte fáctico. A transcrição e outros fatos registrários, a posse e o decurso de tempo, uma vez alegados, têm de ser provados. Provado um deles, o ônus de alegar e o de provar que não tem validade, ou eficácia, já se passam ao que tem interesse em alegar e provar, porque ocorreu no plano da validade ou da eficácia que é outro que o da existência. Por onde se vê que as regras jurídicas sobre o ônus da prova nada têm com a incerteza dos suportes fácticos ou das regras jurídicas: são regras jurídicas que supõem o princípio da subjetividade de toda incerteza; e procuram obviar a divergência entre pessoas que

“apreciam” o mesmo fato. Só a respeito da regra jurídica é que se mantém incólume a toda a dúvida o princípio da existência: lura novit curia.

O Onus da prova é objetivo, não subjetivo. Como partes, sujeitos da relação jurídica processual, todos os figurantes hão de provar, inclusive quanto a negações. Uma vez que todos têm de provar, não há discriminação subjetiva do ônus da prova. O Onus da prova, objetivo, regula conseqüência de se não haver produzido prova.

Em verdade, as regras sobre consequências da falta da prova exaurem a teoria do Onus da prova. Se falta prova, é quese tem de pensar em se determinar a quem

se carga a prova. O problema da carga ou ônus da prova é, portanto, o de determinar-se a quem vão as consequências de se não haver provado; ao que afirmou a existência do fato•jurídico (e foi, na demanda, o autor), ou a quem contra-afirmou (= negou ou afirmou algo que exclui a validade ou eficácia do fato jurídico afirmado),•seja o outro interessado, ou, na demanda, o réu. Enquanto alguém se diz credor, e não no prova, não pode esperar que se trate como credor. Por isso,intentada a demanda, se o autor afirma a existência de algum fato jurídico(= a juridicidade de algum fato =

a entrada, antes ou agora, de algum fato no mundo jurídico), e não no prova, até precluir o tempo em que poderiaprovar, a consequência é contra ele: Actore non probante reus absolvitur.Se o adverso afirmou, por sua vez, que houve deficiência no suporte fáctico(= entrou no mundo jurídico com a falta de algum elemento ou presença de elemento que vicia o ato jurídico entrou nula ou anulavelmente), e o afirmante provou a existência, a prova do afirmante está de pé e a falta deprova pelo adverso importa em que a consequência seja contra ele; ex hypothesy, o ato jurídico existe, e não se tem por nulo ou anulável. Dá-se omesmo se o adverso afirma que o fato jurídico não teve e não tem eficácia,ou a teve e não a tem mais, ou ainda não na tem. Quanto à contra-afirmação,que diz respeito à existência, ou ao adverso afirma, em contrário ao que seafirmou, não ser verdade ter existido, ou não ser verdade que ainda exista(contra-afirmação de fato extintivo lato sensu, e.g., de ter terminado, oucessado, de resolução, resilição, rescisão etc.). As exceções entram nasafirmações contra a eficácia, porque toda exceção encobre, dilatória ou peremptoriamente, eficácia: Reus in excípiendo fit actor, porque afirma contra a eficácia e se lhe carrega, portanto, o Onus da prova. Se o que afirmou primeiro não repele a afirmação do adverso, mas afirma, a seu turno, fatopositivo ou negativo, como que se excluiria a validade ou a eficácia do queo adverso afmnou, se provado fosse , a prova desse fato, positivo, ounegativo, lhe incumbe. a) Compreende-se que ao autor caiba provar o que constituiu o seudireito, porque o direito é efeito da incidência de regra jurídica, que levouà relação jurídica entre o autor e o réu, ou entre o autor e qualquer pessoa,por ser real e não pessoal o seu direito. Não só o ato jurídico ou o ato-fatojurídico, ou, afortiori, o negócio jurídico pode ser fonte do direito. Nem sóo ato ilícito. O fato jurídico pode ensejar a relação jurídica, como também o fato ilícito.

Quem afirma que alguém nasceu com vida e daí lhe surge direito, quem diz que

alguém está vivo, ou louco, ou surdo-mudo, ou cego, e daí nasceu o seu direito, ou que está viúvo, ou alguém está ausente, ou é seu parente, ou morreu, e isso é base para o direito que quer exercer perante a Justiça, tem de provar o fato jurídico stricto sensu. E o mesmo ocorre se alega, na ação, adjunção, mistura, confusão de bem, ou aquisição da propriedade pela percepção ou pendência dos frutos. Quem diz que retirou os móveis que se achavam no prédio locado, tem o ônus da prova. Temos, ai, fatos jurídicos em sentido estrito.

b) Quem, na ação, diz que o réu fez mau uso da propriedade, ou que tomou a posse com violação da posse do autor, ou que o réu se fez gestor de negócios do autor contra a sua vontade presumida ou manifestada, ou que no trato de negócios agiu de má-fé (e.g., recusou-se a assinar a escritura pública), tem o ônus da prova. Aí, há ato-fato ilícito.

c) Se o autor argúi que o réu lhe causou danos, com a prática de ato ilícito, como a queima das plantações, ou a morte de animais, ou ofensa física ao autor, há ato ilícito em senso estrito e o ônus da prova cabe ao autor.

d) Quanto aos atos-fatos jurídicos (tradição da posse, tomada da posse, ocupação, especificação, feitura de livro, quadro ou estátua, ou descoberta científica, residência, invenção, abandono da propriedade imobiliária, imposição de nome ou pseudônimo, pagamento), qualquer das afirmações leva ao ônus da prova.

e) Se o autor diz qual é o seu domicfiio, ou o de outrem, ou que ele ou outrem exerce gestão de negócios sem mandato, ou que restituiu o penhor ou alguém o restituiu, ou que houve perdão, ou que houve quitação, seja por ele, seja por outrem, toca-lhe o ônus da prova. Todas essas espécies são de atos jurídicos em sentido estrito.

jj Finalmente, quem diz que denuncia, seja cheia ou vazia a denúncia, quem autorizou ou assistiu a ato de outrem, ou que transmitiu posse sem ser ex lege, ou por tradição, ou que houve derrelição ou constituto possessório, ou renúncia da propriedade imóvel, ou cessão de pretensão (cessio actionis), ou que houve promessa unilateral ou contrato ou qualquer outra espécie de negócio jurídico, tem de provar a afirmativa quanto ao negócio jurídico.

Sempre a afirmação foi do réu, a ele se impõe o ônus de prova, pois, aí, a prova

lhe incumbe, quer se trate de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. O Código fez bem em empregar a expressão

“fato”, porque isso abrange todas as espécies de fatos jurídicos (fatos jurídicos stricto sensu, fatos jurídicos, atos jurídicos stricto sensu e negócios jurídicos).

Se o réu alega preclusão, prescrição, transação, ou qualquer outro fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, a ele é que incumbe a prova.

A extintividade a que se refere o art. 333, ii, é a do direito, a da pretensão e da ação, de modo que se vai até a extinção da eficácia, como se dá com a prescrição, que apenas aí ocorre.

Além das espécies concernentes ao direito material, há as expeditivas, modificativas e impeditivas do direito processual. Pense-se nas decretações de nulidade de atos processuais, cujas alegações estão sujeitas à regra jurídica do art. 245, onde se estabelece que a nulidade dos atos processuais tem de ser alegada na primeira oportunidade em que cabe à parte falar nos autos, sob pena de preclusão, salvo se se trata de nulidade decretável de oficio, ou se a parte foi impedida de fazê-lo, de acordo com a lei (“legiimo impedimento”, art.

245, parágrafo único), Cf. arts. 245-250 e 302.

2.Ônus da prova, quanto ao autor Ao autor, quanto a tudo que alegou na petição inicial, concernente ao seu direito, cabe o ônus da prova, ou se, promovendo, nova citação do réu revel, alterou o pedido, ou a causa de pedir (art. 321). Se ocorre o que se supõe no art. 326, apenas se lhe faculta a produção de prova documental, pois o ônus da prova das alegações de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos toca ao réu.

3. Ônus da prova, quanto ao réu Se o réu reconheceu o fato de que derivou todo o direito ou parte do direito, ou algum dos direitos do autor, mas alega que houve causa impeditiva, modificativa ou extintiva, o ônus da prova é dele. O autor tem apenas a faculdade de produzir, contra o demandado, prova documental (art. 326).

4.Convenção sobre prova A regra jurídica do art. 333, parágrafo único, é

heterotópica, pois que se refere a elementos probatórios de direito material.154 Apenas se traçaram dois limites a tal acordo entre figurantes de algum negócio jurídico com a previsão de algum dia se iniciar alguma ação. Se o direito do figurante é indispensável, compreende-se que se não permita negócio jurídico em que se restrinja a prova; outrossim, se tornaria excessiva a dificuldade do exercício do direito. O direito público ou o direito privado,

154 Ainda que heterotópica a regra, como assevera o comentarista, inquestionável é a sua repercussão no processo judicial. Se se apresenta ao juiz do processo a convenção dc inversão do ônus da prova, cabe-lhe, consoante os arts. 130 e 131, reputar nulo o acordo, o que levará às partes ao universo dos dois incisos do art. 333. A decisão quanto à nulidade, profenda no processo onde se exibe a convenção. é interlocutória, agravável (art. 522) e não faz coisa julgada material, que só ocorrerá se o pacto for questionado em ação autônoma, reconvenção, ou declaratôria incidental.

civil ou comercial, pode exigir instrumento público e os próprios contraentes podem estabelecer que somente alienará algum bem móvel ou semovente, se a prova do depósito em pagamento foi em determinado banco, ou que só recebe cheque visado.

Art. 334. Não dependem de prova os fatos:

1 notórios’);

II afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária2); III admitidos, no processo, como incontroversos3);

IV em cujo favor milita presunção legal”) de existência ou de veracidade.

1. Fatos notórios Os fatos notórios, que estão, na ordem dos fatos empíricos, com as proposições evidentes na ordem lógica, prescindem de prova. Porque a prova tem o fito de convencer o juiz e, havendo a notoriedade do fato, há a convicção do juiz anterior à prova, que seria supérf lua.

A notoriedade pode ser iuris ou facti. O notorium iuris é absoluto, se se trata de regra jurídica; relativo, se resulta de sentença trânsita em julgado. O notorium facti resulta de fato que é conhecido de todos os que fazem parte de determinado

círculo social, de modo que não há dúvida a respeito de tal fato. Há notoriedade de coisa estável (o edifício, a rua, o monumento, a sede do governo), de fato transeunte (a morte de alguém, o assassínio, as catástrofes), ou de fato periódico ou contínuo (a passagem de certa pessoa a tantas horas pelo lugar A, a invasão de terrenos pelo mar).

Dizem-se notórios os fatos "conhecidos", sem ser pela prova feita, não porque estejam na ciência privada do juiz, porém como fato que ele deva conhecer. Não há, pois, exceção ao principio de que o juiz não pode julgar, quanto ao tema probatório, pelo que conhece de ciência própria; é exceção ao princípio de que os fatos alegados têm de ser provados. O conceito canônico de notoriedade era diferente; ainda o de direito germânico, que se firmava no juramento como prova de modo que o fato notório era o que não se deixava (ou não se precisava deixar) ao juramento. É provável que por aí se tenha chegado à necessidade de provar, para se criar a notoriedade, sensu lato, do direito germânico. O direito canônico, na linha das suas inquisições de intenções, nas suas sutilezas de buscar "pecado", fez de fato notório, nada menos do que aqueles fatos que não podem, sem má-fé, ser negados. A ligação histórica entre o "notório" germânico e o "notório" canônico ainda é campo para investigações científicas, a despeito das afirmações de O. W. Wetzell (System, 183). Seria explicação de como se

operou a transição do conceito de "fatos notados pelo juiz, com a falha para o juramento", e os "fatos notados pelo juiz, com a consequência de ser de má-fé a afirmação contra eles." Seja como for, desde muito os dois conceitos estão superados.

No Código de Processo Civil, art. 334, os fatos notórios, por serem notórios, prescindem de prova; não são notórios porque prescindam de prova. Notoria non egent probatione. Sendo notórios, o juiz tem o dever de os conhecer e de aplicar o art. 334, o que é assaz importante para as apreciações das infrações do direito (direito em tese), se o nega o juiz, ou para a decisão do entendimento da regra jurídica.

Os fatos notórios não afirmados pela parte podem ser atendidos pelo juiz, se constam de processo elementos de referência, ainda que implícita. Sobre isso, veja-se Giuseppe Chiovenda (Principii, 733), que não distinguia; contra Emilio Betti (Lezioni, 426), que negava a desnecessidade de afirmação da parte, o que levaria à teoria do ônus de afirmar o notório. Mas a ligação da notoriedade ao

que importa provar-se na causa pode ser, também ela, notória. Ainda mais: quando se alude à situação ou relação de que o fato notório é elemento constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo, a afirmação do fato notório é implícita. Tem-se portanto de repelir a opinião-tese, que exige a afirmação da parte, que vem de Lothar Seuffert e ainda apareceu em Jakob Weismann (Lehrbuch, 114), bem como a opinião-antítese, segundo a qual o juiz não está preso a estarem afirmados os fatos notórios (Josef Kohler, Gesammelte Beitrãge, 70). A tentativa de síntese, que vem de Friedrich Stein (Das private Wissen, 164, porém já esboçada em Konrad Schneider, Uber richterliche Ermittlung, 21), distinguiu os elementos constitutivos, os extintivos e os impeditivos dos simples elementos iniciais, só admitindo que não haja o ônus da prova para esses.

A notoriedade, quando se trata de tribunal, não é a notoriedade oficial (todos os juizes sabem do fato); porque a pluralidade (conhecimento só entre juizes) não faz notório o fato, uma vez que a unidade (conhecimento pelo juiz singular) não o faria. O fato de todos os juizes conhecerem leva a “pensar-se” que seja notório, porém não é esse o sentido de notoriedade probante. A circunstância de todos os juizes conhecerem do fato só o prova notório se se trata de fato oficial, fato da vida poliica (legislativa, administrativa em sentido largo) do Estado.

Não podem os juizes dispensar, por exemplo, a prova da coisa julgada material se todos a conhecem, como sena também impossível permiti-lo ao juiz comum.

Naturalmente, a notoriedade há de ser conhecida pelo juiz ou pelo tribunal, porém não é o conhecerem os juizes os fatos que os faz notórios.

A notoriedade independe das partes e do juiz, tanto que o tribunal de recurso pode reformar a sentença que teve o fato por fato notório, ou lhe negou ser notório. O que a lei faz apenas consiste em dispensar a prova se o fato énotório (Stein-Jonas, Kommentar, 1,840). Por isso mesmo, as partes podem discutir essa notoriedade, e fazer dela, da sua existência, tema probatório (Leo Rosenberg, Lehrbuch, 3~ ed., 365; diferente Jakob Weismann, Lehrbuch, 1, 154).

Os elementos generalidade e verdade são essenciais ao conceito de fato notório. A maioria do tribunal pode afirmar a notoriedade, existindo ou não existindo; a totalidade mesma dos seus membros pode errar, exatamente porque o fato pode ser geralmente criado sem ser verdadeiro. No caso de ser oficial o fato, como a interdição de uma das partes pois que consta de julgado momentos antes, em

segredo , a generalidade é infima (os membros de uma Câmara, ou o próprio juiz prolator), e no entanto énotório. A confissão contra a notoriedade é ineficaz (Friedrich Stein, Das private Wissen, 168; Konrad Hellwig, System, 1, 414; J. Trutter, Uber prozessualische Rechtsgeschãie, 371).

2. Afirmação e reconhecimento O art. 334, II, seguiu a trilha dos arts. 319, relativo à revelia (cf. art. 320) e 326, mas no art. 334, II, o pressuposto é a explicitude do reconhecimento, posto que possa haver interpretação do que foi dito pela parte contrária. O legislador achou que se trata de confissão (arts. 348-354); e há razão para serem invocadas as regras jurídicas a respeito.

3. Fatos incontroversos Há fatos notórios e fatos incontroversos, fatos não-notórios e fatos controversos. A incontrovérsia pode existir sem notoriedade, porque, conforme dissemos na nota 1), de modo nenhum se pode deixar de lado, no conceito de notoriedade, os pressupostos da generalidade da verdade. Os fatos incontroversos são os fatos, a que se alude na petição inicial, a contestação e qualquer outro ato processual em que houve comunicação de conhecimento, mas para a qual nenhuma comunicação de conhecimento contrária foi feita, conforme a apreciação do juiz. As controvérsias, dentro e fora do processo, são de tal relevo para o ser humano, que, imitando o papa Urbano VIII, Afonso VI, rei de Portugal, criou uma Cadeira de Controvérsia na Universidade de Coimbra, em 1664, e outra se criou, em 1754, para a Faculdade de Teologia.

4. Presunção legal de existência ou de veracidade Quando as leis estabelecem presunção iuris et de iure, que é irrefragável, nenhuma prova contrária se admite; quando em vez disso, a presunção for iuris tantum, cabe a prova em contrário. A presunção legal, presunção iuris et de iure, éinatacável: nenhuma prova em contrario é admitida, inclusive a notoriedade do fato; a técnica legislativa concebeu-a assim; a presunção iuris et de iure, ao ser legislativamente elaborada, exauriu todo o elemento probatório. Entre as presunções legais, as presunções, que estão na lei e não são de iure (em que se admite prova contrária),apreciadas segundo o critério ou sistema de provas das leis processuais, há as presunções mistas, a respeito das quais a lei, admitindo prova em contrário, especifica algum ou alguns meios de prova. Na ficção, tem-se A, que não é, como se fosse. Na presunção legal absoluta, tem-se A, que pode não ser, como se fosse, ou A, que pode ser, como se não fosse. Na presunção iuris tantum, e não de iure, tem-se A, que pode não ser, como se fosse, ou A, que pode ser, como se não fosse, admitindo-se prova em contrário. A presunção mista é a presunção legal relativa,

se contra ela só se admite a prova contrária a, ou a ou b. Na glosa ao Digesto, de probationibus et praesumptionibus, 22, 3, há a distinção das presunções: 1) “quaedam est talis, cui datur etiamsi contra quis probaret”, 2) “alia, cui statur, donec contra probatur”, 3) “alia, cui non datur aliquo modo, nisi adminicula hanent”. Acolá, necessária; ali, voluntária; aqui, probabilis. Respectivamente, praesumptiones iuris et de iure, praessumptiones iuris tantum, praesumptions facti. A Glosa mesma aventurou que a presenção iuris et de iure importa em ficção, como se assim fosse: “et magis dicitur fictio”. Porém, se, em verdade, há fundo comum, as ficções são mais do que presunções legais, ainda absolutas. A ficção enche de artificial o suporte fáctico; a presunção legal apenas tem como acontecido, ou não acontecido, o que talvez não aconteceu, ou aconteceu. A ficção tem no suporte fáctico elemento de que não se poderia induzir a situação que ela prevê. Daí, nada se presumir, quando se elabora ficção. Se A, então, B; e não se A, então AA. A aceitação da herança, se o herdeiro foi chamado a pronunciar-se e não se pronunciou não é ficção; evitou-se dizer: prescinde-se da aceitação (o que não seria o mesmo). À

base das presunções legais está julgamento sobre fatos que não se podem conhecer facilmente, ou que de ordinário escapam à investigação, tal como, a respeito dos que morreram na mesma ocasião, sem se poder averiguar, se presumem simultaneamente mortos: “Non videtur alter alteri supervixisse” (Marciano, L. 18, pr., D., de rebus dubiis, 34,5; Código Civil, art. 11). A ficção abstrai de toda consideração de probabilidade: o legislador mesmo prescindiu de toda exploração do real; pareceu-lhe melhor criar o elemento ou os elementos do suporte fáctico e impô-los, como se fossem reais, ao mundo jurídico. O Infans conceptus pro nato habetur põe no suporte fáctico nascimento que não houve; donde ter-se pensado em ficção, antes de se ter percebido que se tratava de suporte fáctico completo de regra protectiva. Na imobilização por destino do bem móvel (e.g., direito à sucessão), no horário de verão (mais uma hora, pelo adiantamento dos relógios) e outros expedientes a ficção ressalta, como ou sem o diabolismo que lhe via J. E. Kuntze (Die Obrigation und die Singularsuccession, 89). A presunção legal toma alguns elementos, fáceis de prova, e tem-nos como suficientes para que se considerem acontecidos, ou não acontecidos, outros elementos. No fundo, há prova indireta, posto que nem toda prova indireta se prenda a presunção: pode ser certa, sem qualquer alusão à simples probabilidade. A presunção simplifica a prova, porque a dispensa a respeito do que se presume. Se ela apenas inverte o ônus da prova, a indução, que a lei contém, pode ser

elidida, in concreto e in hypothesi. Se ao legislador parece que a probabilidade contrária ao que se presume éextremamente pequena, ou que as discussões sobre provas seriam desaconselhadas, concebe-as ele como presunções inelidíveis, irrefragáveis: tem-se por notório o que pode ser falso. A confusão das ficções com as presunções ainda se nota em W. Endemann (Das deutsche Zivilprozessrecht, III, 534), Adolf Wach (Handbuch des deutschen, Zivilprozessrechts, 1, 302), Hermann Fitting (Die Grundlagen der Beweislast, Zeitschri flir deutschen Zivilprozess, 13, 79) e H. Burckhard (Die civilistsche Prasumtionen, 369 5. e 406), como em B. Betzinger (Die Beweislast im Zivilprozess, 362) e tantos outros.

(Faltou aos juristas atentarem na sucessão de três planos inconfundíveis: o plano do ius condendum, em que se pode falar da presunção iuris et de iure e da ficção, como expedientes técnicos, e das presunções iuris tantum; o plano do ius conditum, em que não se pode falar de ficção, nem de presunção iuris et de iure, porque já passou o momento; e o plano do direito processual, em que se pesam as provas e se hão de apreciar a prova contrárla à presunção iuris tantum e as provas em que se incluem as presunções facti ou hominis. Presunção iuris et de iure não existe como “prova~~. Nem é c~prova~~ a ficção. Ambas são expedientes de técnica legislativa, qpe, feita a lei, não mais se vêem. As regras jurídicas sobre presunções iuris tantum, sim; vêem-se, quando já se está no plano do ius conditum, porque estabelecem algo que a prova contrária pode afastar. Deveríamos, pois, eliminar, na exposição sistemática da lex lata, qualquer alusão à ficção ou à presunção iuris et de iure, expedientes técnicos de que pode ter-se servido o legislador.)

As presunções legais de que fala o art. 334, IV, são as absolutas e as relativas; mas o direito material é que dá o conceito e a natureza da regra jurídica.

Continuemos a versar os assuntos.

A presunção pode ser oriunda da mente do homem (praesumptio hominis), ou de texto legal, de regra jurídica (praesumptio iuris). A própria presunção legal pode não ser imperativa, absoluta, praesumptio iuris et de iure, mas sim suscetível de prova contrária suficiente (praesumptio iuris tantum). Em vez da imperatividade, há a dispositividade. Há, aí, tautologia:

quando a lei estabelece presunção legal e é relativa, iuris tantum, cabe a prova

em contrário; quando na lei a presunção é iuris et de iure, tal presunção é irrefragável, e nenhuma prova em contrário se admite. No Código de Processo Civil de 1939, art. 251, dizia-se: “A prova contra presunção legal será sempre admitida, salvo quando a própria lei a excluir”. O Código de Processo Civil de 1973 não o incluiu. Mas já antes frisávamos que se tratava de regra jurídica de sobredireito (Uberrecht), porque apenas se estabelecia que, se a lei mesma não diz ser absoluta a presunção, se há de ter como relativa. Princípio, portanto, de interpretação das leis. Por isso, escrevemos no Tratado de Direito Privado, Tomo XIII, § 352: “Se não estivesse escrita, a mesma atitude deveria tomar o intérprete de leis, porque a presunção iuris et de iure é rara”.

A presunção hominis pode irradiar-se de convicção do juiz, ou de qualquer pessoa. Fatos de relevância podem levar a convencer-se alguém, inclusive o juiz, de que alguma afirmação (positiva ou negativa) é de se ter como verídica: aí, a pessoa ou ojuiz presume. Chamar-se presunção judicial a presunção hominis é errôneo, porque não só o juiz presume. Mesmo em juízo, pode um dos figurantes (autor, réu ou interveniente, ou terceiro oponente) declarar que presume verdadeiro um fato, razão por que assim se manifesta diante do thema probandum. Tanto se pode presumir que algo haja acontecido como se pode presumir que não tenha acontecido.

Se a presunção hominis basta à prova, é outro o problema: o direito material ou o direito processual é que diz se a presunção hominis é prova, ou se é apenas um dos elementos que se podem inserir no meio de prova. A própria presunção hominis, que parte do juiz, para que seja prova, precisa de não ter contra si qualquer elemento probatório (documento, testemunha, perícia etc.). Não se confunda, outrossim, a presunção hominis, mesmo se judicial, com os indícios. Os indícios apenas indicam, sem se saber se a indicação basta. Pode provar, ou apenas ser um dado para conclusão, que de outros dados precisa. O indício é um dado, como o documento, o depoimento da testemunha.

As praesumptiones iuris tantum, presunções relativas, vêm de texto legal, que contra elas admite qualquer prova, ou comete alguma, ou algumas. Não parte do homem, não são praesumptiones hominis, mas, como essas,admitem que algo as afaste. As. praesumptioneS iuris et de iure são absolutas, porque o legislador não deixou ao próprio juiz admitir dado em contrário. Não se lhe pode negar o valor probatório. Se alguma lei processual insere regra jurídica de que resulte presunção legal absoluta, está a invadir o ramo do direito material, e tem de

reconhecer tal regra jurídica como heterotópica.

Pergunta-se: i,o art. 334, IV, não distingue, para a eficácia de independer de prova, da presunção legal absoluta a presunção legal relativa, ou só se refere à presunção absoluta? Se o art. 334, IV, apenas fosse concernente às praesumptiones iuris et de iure, teríamos superfluidade, porque no próprio conceito estão incluídas a desnecessidade de outra prova e a impossibilidade de prova contrária.

Art. 335. Em falta de normas jurídicas particulares'), ojuiz aplicará as regras de experiência comum, subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial2).

1. Falta de regras jurídicas e atitude do juiz Nos Comentários ao Código de 1939 (Tomo III, 2~ edição, 305), ao cogitarmos do que se estatuía a respeito dos fatos notórios, chamamos atenção para o problema da falta de regras jurídicas e a existência de algo de experiência da vida e de julgamento dos atos humanos. Satisfaz-nos encontrar o art. 335 no Código de 1973, que pôs em regra jurídica o que devia pôr, atendendo ao problema que exsurgira na ciência do direito processual civil.

O art. 335 supõe falta de normas jurídicas relativas às provas e dá ao juiz a oportunidade e o dever de aplicar regras de experiência comum, que provenham de observação do que de ordinário acontece, bem como as regras de experiência técnica, ressalvando, quanto a esta, o exame pericial. São muitas as "regras de experiência comum", tais como as em que se tira do fato de estar alguém com tóxicos no bolso ou em mala, ou ser traficante, ou de ser encontrado com a arma com que o suspeito teria matado ou ferido alguém, ou se nela falta uma bala, igual à encontrada, ou de estar com a mão ferida o que, na escuridão, lutou com aquele que teve de defender-se contra furto.

A regra de experiência comum só é aplicável se não há regra jurídica especial a respeito. Há, aí, subsidiariedade: não havendo regra jurídica particular (= no tocante à espécie), aplica-se a regra de experiência comum. De outro modo, a regra de experiência comum não se faz regra jurídica, porque, em verdade, o art. 335

é que é regra jurídica, incidente na falta de

~1

regras jurídicas particulares. Alguns comentadores não atendem a que há regra jurídica por sobre a regra de experiência comum, ou mesmo de experiência técnica. Não se jurisdicizain tais regras de experiência, apenas delas se faz conteúdo de regra jurídica, que é, por exemplo, a do art. 335. Tanto esta pode estar onde hoje está como se poderia pôr junto ao art. 126, depois do art. 125.

2. Experiências ou julgamentos da vida Ao lado dos fatos notórios estão os julgamentos da vida, observações gerais, que constituem máximas gerais, ditames, com que exprimimos o que sabemos das nossas reações, de como nos comportamos, às vezes chamados a "nossa experiência da vida", ou a "experiência do juiz", traquejo, como, por exemplo, em matéria de acidentes de transportes, o perigo e a culpabilidade das companhias pela queda de pingentes nas curvas, o corvejar dos "cunhados" e "tios" em torno das heranças. j,Tais dados de fato, ainda em forma de máximas gerais da experiência, dispensam prova? Konrad Hellwig (System, 1, 677) e Friedrich Stein (Das private Wissen, 27, 77) são pela afirmativa; mas sem razao (James Goldschmidt, Den prozess ais Rechtslage, 441). Ambos confundiam generalidade e notoriedade. A máxima de experiência pode ser "duvidosa". E o próprio Friedrich Stein (168) tinha razão, em parte, em considerá-las "indícios". Daí ser surpreendente confundi-las, como G. Neumann (Kommentar, II, 989), com os fatos notórios. A solução foi no sentido que acima dissemos nos Comentários ao Código de 1939, que nada continha a respeito. Se o caso depende de experiência técnica, apenas se ressalva a necessidade de exame técnico.

Art. 336. Salvo disposição especial em contrário, as provas devem ser produzidas em audiência').

Parágrafo único. Quando a parte, ou a testemunha, por enfermidade, ou por outro motivo relevante, estiver impossibilitada de comparecer2) à audiência, mas não de prestar depoimento, o juiz designará, conforme as circunstâncias, dia, hora e lugar para inquiri-la.

1. Provas e audiência De regra, é na audiência de instrução e julgamento que se hão de produzir as provas. E

preciso que haja razão, fundada em lei especial, para que tal não se haja de dar. Se isso ocorre, ou o juiz adia a audiência, ou, se há ratio legis, excepcionalmente admite que se apresente depois (e.g., testemunha, que se tinha por falecida, aparece após a audiência e antes do julgamento; um dos interessados encontrou documento que estava perdido e requer ao juiz que se junte aos autos, casos em que pode ele determinar nova audiência, se reputa necessária). A lei não prevê a possível determinação de nova audiência, mas, respeitado o prazo para o juiz julgar, é de admitir-se que circunstâncias de grande relevância para o julgamento permitam que, observadas as exigências de intimações, o juiz entenda ser necessário que se ouça testemunha ou que as partes se manifestem quanto à ocorrência. Pensemos na alegação de alguma parte de que ocorreu, entre a audiência e o julgamento nos dez dias, coisa julgada sobre a matéria noutro juízo, e requer seja ouvida a outra parte. Aí, a diligência não exige nova audiência.

2. Impossibilidade de comparência Se alguma parte ou alguma testemunha, por enfermidade, ou por outro motivo relevante, não puder comparecer à audiência, o juiz designará, segundo os fatos exigirem, dia e lugar para inquiri-la. Aí, o que se supôs foi acontecer tal impossibilitação antes ou no dia da audiência, razão por que não se pensou em ser marcada nova audiência, caso excepcionalíssimo. Todavia, mesmo sem se designar nova audiência, em aditamento, têm de ser aplicados os arts. 414, § lO, 416 e 417, entre outros.

Se a impossibilidade é de prestar depoimento, seja da parte, seja da testemunha, se relevante o motivo (e.g., perdeu a voz e não pode escrever), nada se pode fazer.

Art. 337. A parte, que alegar’) direito municipal, estadual2), estrangeiro’) ou consuetudiná rio4), provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz5).

1. Invocação de regra jurídica Direito não se alega; direito invoca-se. A prova, no caso de regra de direito, de modo nenhum é a prova dos fatos, a despeito de toda a assimilação que se tentou fazer. Em verdade, o que ocorre é a ajuda obrigatória das partes à ciência, ao conhecimento do juiz. Porque direito, regra jurídica, se sabe ou não se sabe: “provar” está, ai, como termo que alude a dois atos materiais semelhantes, porém não idênticos.

Quem fala de provas alude a fatos que se provaram, ou se estão a provar, ou vão ser provados. Só se provam fatos. As normas de direito tem o juiz de conhecê-las, porque essa é a sua missão. Seria, contudo, exigir-lhe hoje o que desde a Antiguidade e a Idade Média já lhe era difícil: conhecer o direito de outros sistemas jurídicos. A regra jurídica a priori é a de que o juiz é obrigado a conhecer o direito escrito do Estado de que é órgáo. Regra jurídica que funciona como princípio geral de direito, sempre que não está escrita nos Códigos de Processo, pois, ao se formarem os Estados contemporâneos, encontraram-na assente na melhor doutrina. A exceção era apenas

A

para o direito costumeiro. O direito estrangeiro tinha de ser provado, salvo se o dispensasse o juiz. O Código de 1939, art. 212, pusera em letra de lei o princípio que o Decreto n0 3.084, de 5 de novembro de 1898, parte 111, art. 260, enunciava: “O que alega direito local, singular, costumeiro ou estrangeiro, deve prová-lo, mas não o direito comum”. A Nova Consolidação de Carlos de Carvalho, art. 46, só se referia ao direito estrangeiro. Nem o Decreto n0 3.084, simples consolidação, tinha força de lei, nem o seu autor leu bem a Ordenação de onde havia de tirar o princípio. Porque a Ordenação Filipina, Livro III, Título 53, § 8, só tratava do direito local, o singular, estrangeiro e não do local singular nacional: “... se o artigo não for fundado em Direito comum, mas em Direito de algum Reino, Cidade ou Vila, onde a demanda se trata, se tal Direito não é escrito, assim como costuma usado por longo tempo, pode dele articular, e a parte será obrigada depor a ele; e se tal Direito for escrito, posto que dele possa articular, não será a parte obrigada depois a ele assim como não é obrigada depois ao artigo fundado em Direito comum”. A regra era à moda medieval católica, com feição supra-estatal... No §

9: “E articulando-se do Direito de outro Reino, ou Cidade, onde a demanda se não trata, deporá e responderá a parte a tal artigo”. Vê-se bem que se impunha ao juiz conhecer o direito do seu país. O Código de 1939 e o de 1973 seguiram-lhe a trilha. Novo golpe no lura novit curia. Não é obrigado o juiz a conhecer o direito local, quer dizer estadual ou municipal, sem que ao legislador tivesse ocorrido abrir exceção para direito estadual do Estado-membro em que é órgáo estatal o juiz, nem para a legislação municipal da sua comarca, ou no Distrito Federal (aí como os Territórios, incluído no conceito de “estadual”), para a legislação local, federal ou municipal.

Tendo-se aberto a brecha no lura novit curia, a propósito de direito estadual, ou municipal, estrangeiro ou consuetudinário (art. 337), entra a contraditoriedade a respeito da regra jurídica abstrata, que foi invocada, podendo cada parte, e não só a que alegou, produzir prova. O ônus de provar cabe a quem a invocou. Porém as leis são revogáveis, derrogáveis, suscetíveis de ser repostas em vigor, de ter a sua vigência regulada por princípios especiais, de ser entendidas segundo regras especiais de interpretação; de modo que o simples fato de se apresentar o texto, publicado ou por certidão, ou em livro (a que o juiz dê crédito), não exaure a dúvida sobre a sua incidência e aplicabilidade, se a outra parte a mantém, com afirmações contrárias, no todo ou em parte.

Daí o poder a outra parte produzir prova, ainda que sobre esse ponto nada tenha afirmado: a sua prova rebate a outra, ou dificulta, ou impossibilita a outra, se feita antes da prova do alegante.

A prova do art. 337 pode ser feita em qualquer instância; ainda se prova diferente se fez na inferior instância, ou se já se fez. Na execução somente sobre o que se alega na ação executiva, segundo os princípios. Não se prova direito estrangeiro com testemunhas (1~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 14

dejuilio de 1952).

Temos de observar que, enquanto o Código de 1939, art. 212, firmara o princípio do dever de quem alega direito municipal, estadual, estrangeiro, ou consuetudinário, só afastável se o juiz dispensasse a prova, o Código de 1973, art. 337, faz dependente tal dever de ter havido determinação do juiz. Se o juiz não fez a exigência da prova da regra jurídica, é de supor-se, sempre, que não há tal dever da parte que alegou a regra jurídica municipal, estadual, estrangeira ou consuetudinária. Diferente o direito anterior, porque só não havia tal dever se o juiz houvesse dispensado a prova. A omissão do juiz não bastava ao afastamento de dever de provar a regra jurídica.

2. Direito estadual e direito municipal A exigência da prova de teor e da vigência de lei estadual, se é do Estado em que é juiz aquele a quem foi feita apetição, pode ser considerada supérflua e até absurda.

Imaginemos quaestio iuris que se prende à Constituição estadual, caso (que é único) em que há determinação do juiz para que a parte faça a prova do texto e do tempo para a incidência. Dá-se o mesmo se o juiz é de comarca do Município A, cuja legislação foi invocada.

Hoje, se a parte alegou regra jurídica de direito estadual, qualquer que seja, ou de direito municipal, qualquer que seja, e o juiz não determinou que ela prove o teor e a incidência da regra jurídica, ficou ao juiz o dever. No direito anterior, teria sido preciso que o juiz houvesse dispensado a prova. A despeito de, de iure condendo, entendermos que se devia abrir exceção quanto à lei do Estado-membro em que funciona o juiz, ou do Município em que está a comarca, temos de observar o art. 337 mas, hoje, é preciso que o juiz haja determinado a prova do teor e a incidência. Com isso, atenua-se a exigência no tocante à regra jurídica do Município, em que está a comarca do juiz, ou do Estado-membro em que é o juiz. Tem-se de supor que tal juiz conhece a legislação do Estado-membro ou do Município. Se ignora alguma regra jurídica estadual ou municipal, tem de determinar que a parte a prove e o tempo de sua incidência. Pode ser que só o verifique pouco antes da sentença, e então há de determinar a prova do teor e da incidência, o que revela que desconhecia a regra jurídica.

No Código de 1939, art. 212, havia referência ao direito “singular”. As leis com o caráter de privilégio foram proscritas pela burguesia, mas permaneceram sob outras formas, impostas pelas forças econômicas, que, vindas dos “regimes antigos” ou produzidas no século XIX, quando a burguesia se fundiu à nobreza, aprenderam com essa a técnica do privilégio em lei. O texto de 1939 empregava o termo no sentido de lei de exceção, lei que nem todos, nas mesmas situações, objetivas e subjetivas, poderiam invocar, ou quando as situações objetivas e subjetivas foram de tal maneira restringidas que o caráter intuitu personae ressaltou. Mais ainda: no de legislação especialissima, com a que se fez para impulsionar determinada indústria em certa região, ou para certos momentos de calamidade. Daí termos escrito, em crítica no texto de 1939: “Se tal lei emana do Poder Legislativo federal e está na “coleção de leis” (o advogado pode mesmo citar volume e página), i,como admitir-se que o juiz de lugar onde devam existir “coleções de leis” exija a prova?” Foi bom que se riscasse, no texto de 1973, o que antes se inserira.

3. Direito estrangeiro Rigorosamente, o direito estadual, municipal, estrangeiro e o costume não se provam; o que se passa é que se atribui àparte, pela dificuldade

de ter o juiz, perto de si, todas as leis não-usadas, o ônus de mostrá-las ao juiz. Os fatos notórios são fatos, e não precisam ser provados. O que era deficiência de conhecimento, quanto àquelas leis, e impôs a exibição dos textos, aí é superabundância de conhecimento, dispensando a prova. Direito, ainda estrangeiro, é objeto de discussão, e decide-se pela apresentação do texto ou de jurisprudência recente, ou livro que mereça fé; fato não se discute, prova-se, toda discussão é entre o que se afirma sobre ele, e não sobre ele mesmo.

a) O direito das gentes, pois que é supra-estatal, não entra no conceito de direito estrangeiro. O art. 337 não lhe é aplicável. A própria interpretação dele é missão do juiz.

Pergunta-se: se o juiz não determinou que a parte provasse a regra jurídica invocada, de direito das gentes, e a sua incidência (“vigência”), <tem ela o dever de provar tal regra jurídica? Não; mas a lei processual não deu prazo para a determinação do juiz. Enquanto não se profere a sentença, pode ser determinada a prova pela parte.

b) Quanto ao direito estrangeiro, o juiz tem de esperar que se prove, se não está satisfeito; de modo que não lhe cabe o Non liquet, nem, afortiori, por falta de prova de direito estrangeiro, aplicar-se o direito brasileiro, que não incidiu (Friedrich Stein, Das private Wissen, 178).

Podem ser admitidos como prova de lei estrangeira pareceres de jurisconsultos, nacionais ou estrangeiros, ou de autoridades estrangeiras (Rudolf Pollak, System, 479). Prova, todavia, elidivel.

4. Direito consuetudinário Direito consuetudinário, ou direito costumeiro, é o direito que se irradia de repetição de atitudes humanas que o meio social fez regras jurídicas. Não se há de confundir com os usos e costumes, que são repetições de atos que não se inserem no sistema jurídico. Se para se interpretar algum contrato, a lei deixa atender-se ao que se supôe, por ser uso e costume, o que os contraentes quiseram, não se trata de regra jurídica de direito consuetudinário. Nas sociedades primitivas, o direito consuetudinário, o costume, foi a fonte principal do direito ou uma das principais. Para ele mais se exige a generalidade psicológica do que o elemento formalistico das regras jurídicas escritas, ou mesmo, no extremo passado, as ditadas pelos chefes de tribos. Um dos pressupostos é o tempo que decorreu até ele se impor. Se, em

alguns sistemas jurídicos, se determinou quantitativamente o tempo, como ocorre no direito canônico, não é essa a atitude dos sistemas jurídicos contemporâneos. Confia-se na apreciação pelo juiz e na atividade dos que se interessaram em invocar alguma regra jurídica costumeira. O que não se pode deixar de exigir é a generalidade, a uniformidade, a freqtiência, a continuidade e o conhecimento pelo público. Certo, o que acontece no mundo e no tempo e no espaço, mas, se nem a tudo se exige a duração longa, às vezes é elemento essencial, raramente se marca a extensão do espaço para determinados fatos. O costume pode ser municipal, estadual, federal, interestadual, sobreestatal e até mesmo para a cidade tal ou a zona tal, ou concernente a alguma profissão. O elemento temporal é fixado por alguns sistemas jurídicos; por outros não, sem que se possa pensar em costumes de dias, ou até de meses (sem razão, quanto ao tempo, G. Ferrari, Introduzione ad uno studio sul Diritto pubblico consuetudinario, 67).

Alguma regrajurídica de sobredireito, constitucional ou não, é que pode dizer o que é de mister como elemento de tempo. Direito consuetudinário élei, lato senso. Razão para se não confundir com o uso e costume quando se trata de tacita convertio. O juiz tem dever de aplicar a regra jurídica consuetudinária como o tem a respeito de qualquer outra fonte do direito. Não é o julgado.

O art. 337 não exige que o juiz esteja a par do que costumeiramente se passa. Se está, não precisa de qualquer prova do teor e da incidencialidade; se não está, pode determinar que o alegue e prove a existência de tal regra jurídica no momento em que se diz que incidiu.

O direito luso-brasileiro teve como pressupostos da jundicização do costume ter mais de cem anos e não se opor a alguma lei (Lei de 18 de agosto de 1769, §§ 12 e 14). Porém tal fixação de antiguidade não aparece na interpretação das regras jurídicas escritas, posteriores, que se referiram e se referem a costume ou direito consuetudinário. Quanto à derrogabilidade de alguma regra jurídica escrita pelo costume, seria dificílimo ocorrer, porém não se acolheu o tema da absoluta irrevogabilidade da lei pelo costume. No Sistema de Ciência Positiva do Direito (IV, 2~ ed., 1973, 370 s. e 375) escrevemos: “O costume manifesta a regra jurídica, sem precisar ter sido editado ou escrito. Quando se escrevem os costumes, procede-se como se se gravasse a voz de alguém; aí, a voz do grupo social. As regras jurídicas costumeiras nascem, através de atos que lhes revelam a incidência e a aplicação; podem sofrer modificações; e podem desaparecer, ou pela criação de novo costume ou pela superveniência de lei escrita, que as ab-rogue ou derrogue. Aliás, pode o costume, posterior à lei escrita, chegar ao ponto de torná-la ininvocável e derrogá-la ou ab-rogá-la. Por onde se ve que existem costumes ab-rogatíciOs e costumes derrogatícios, e não somente costumes que criam o que no sistema jurídico não existia”.

Nos grupos sociais primitivos, quase todo ou todo o sistema jurídico era composto pelo costume. Faltava-lhes a escrita, o que não só lhes dava o caminho do direito costumeiro; pois, se atendemos a que os chefes podiam impor regras jurídicas, havia leis, em sentido estrito, náo-escntas. Ai, nao havia a ignorância do inicio, a espontaneidade do costume. Alguns costumes talvez tivessem procedido de sugestão ou mesmo de lançamento por alguém, que procurou atender ao que ao grupo social convinha, ou quena. Todavia, a busca de tais origens seria perturbante e provavelmente insegura. Mesmo nos dias de hoje, há

iniciativas, estranhas aos órgáos legislativos, que criam costumes (e.g., a duplicata mercantil, no sistema jurídico brasileiro, que depois foi objeto de lei). No mundo, o seguro de vida foi, a princípio, de direito costumeiro. Tais fatos hodiernos nos auxiliam a compreender como na Idade Média, sem lei escrita e sem a pressão de órgãos dirigentes, a tradição regia as relações ditas de família e de sucessão, até que o poder político iniciasse a redação escrita dos costumes. Não houve o que se passa com os projetos de lei e as leis (pedido da Poliica ao Direito), isto é, para que se diminuísse a instabilidade, porque o costume ja era Direito, mas a transferência de uma das fontes do Direito, o costume, para outra, a lei escrita.

É erro dizer-se que há diferença entre o costume e a lei no tocante ao tempo em que começa a incidência. Se é certo que a lei incide conforme principio a que o próprio legislador a sujeita (e.g., a partir de hoje, ou da data da publicação, ou de determinada data), não se há de afirmar que o costume incida sem aviso, porque o que se ignora é quando ele começou como regra jurídica. Algum dia foi inserto no sistema jurídico. Não se sabe, de ordinário, quando foi.

Quando a Religião vinha em primeiro lugar nos grupos sociais primitivos, ou o costume vinha de longe, de início indesejável, ou surgira a tempo de o verem em surgimento os membros do grupo social. Se algum chefe ou alguns chefes do grupo social, quase sempre tidos como órgáo divino, oralmente formulava a regra jurídica, era de lei não-escrita que se tratava. Os costumes é provável que assim tivessem nascido, sem que se possa apurar a verdade de origem para todos eles, ou quase todos.

Quanto ao costume, fonte costumeira do direito, o que mais importa étratá-lo conceptualmente e na prática, como as outras fontes do direito, porque a discriminação, no tocante à eficácia, depende do sistema jurídico.

Assim como se põem antes das regras jurídicas da lei (senso estrito) as regras jurídicas constitucionais e antes das outras (e.g., decretos, regulamentos, regimentos) a lei (senso estrito), de ordinário frisemos: “de ordinário” o sistema jurídico antepõe ao costume as leis. Daí, a atingibilidade. Embora haja a diferença de origem (legislador, povo), há a ab-rogabilidade e a derrogabilidade. A diferença da vox, de que se cogita, não tem relevância. Aliás, o próprio costume pode ter sido inserto no direito constitucional. Leis houve e leis pode haver que prefiram o costume à própria lei (e.g., Decreto de 19 de abril de 1757

e Alvará de 30 de outubro de 1649).

Costume, regra jurídica, e costume ou uso reiterado são conceitos diferentissimos. Os usos e costumes não se confundem com as máximas de experiência: essas são proposições (enunciados) sobre fatos; os usos e costumes são fatos, que soem acontecer. A máxima de experiência aprecia fatos; os usos e costumes, sendo fatos, apenas podem ser tidos como vida, e não saber sobre a vida. Neles não há a contemplação que se nota nas máximas de experiência.

A infração dos usos e costumes não é infração de lei. A referência da sentença a eles é referência a fatos, e não a regra jurídica. Não há confundirem-se tais usos e costumes com o direito consuetudinário, com o costume regra jurídica. Não cabem na premissa maior da sentença. O assunto é da máxima relevância em se tratando de ação rescisória e de recurso extraordinário.155

Sobre a moralidade e o direito, cf. E. Esle (Vom Wesen des Rechts und der Sittlichkeit, Basel, 1925, 21 s., 71

s., onde se cogita da relação entre lógica e matemática).

O costume existe em todos os processos sociais de adaptação, de modo que se há de conceituar o costume jurídico como espécie de regra jurídica,

caracterizado com a sua sanção típica. Tem-se já frisado isso (e.g., Carleton K. Allen, Law in the Marking, Oxford, 1930, 104). A juridicidade depende da acolhida que aos costumes fez o sistema jurídico, quando e como e até que ponto.

Na aplicação das regras jurídicas pode o juiz, na interpretação ou onde pode suprir faltas da lei, pôr-se quase no mesmo nível, ou no mesmo nível do legislador, sem que isso permita conclusões como as de Hermann Isay (Rechtsnor’fl und Entscheiduflg, Berlin, 1929).

Quanto à discussão sobre ser indispensável a função da autoridade, como se não houvesse direito costumeiro antes de constar de jurisprudência (e.g., Marcel Planiol, Traité élémentaire du Droit Civil, Paris, 1926, 1, i0~

ed., n0 11), tem-se de repelir a negação da incidência: aplica-se, ou aplicou-se, o que incide, ou incidiu.

Temporalmente, o costume é necessariamente anterior à aplicação. Seria absurdo pensar-se em costume que nasceu quando o juiz decidiu, ou que nasce com a decisão. Lei pode ser para incidência imediata. O costume não; porque, costume é hábito, regra que, com o tempo, entrou no sistema, razão por que houve leis que fixaram o mínimo de existência, para que, como regra que se fez jurídica, começasse de incidir (por exemplo), pelo menos cem anos (como foi em Portugal e no Brasil).

O juiz, quando aplica a regra consuetudinária como regra jurídica, não a faz jurídica, apenas lhe reconhece, como a respeito das outras regras jurídicas, ajuridicidade (sem razão, entre todos outros, Ed. Lambert, Études de Droit commum législatif, Paris, 1903, L. 111 s.); outro, contra a doutnna então clássica (A. Lebrun, La Coutume, ses sources, son autorité en droit privé, Paris, 1932, 190 s.). O juiz não transforma, sequer, em lei escrita a regra de direito costumeiro. Mesmo quando os costumes constam de livros, de documentos e de outros enunciados postos em manuscritos ou impressão, o juiz de tais meios apenas se utiliza para saber exatamente qual a regra jurídica não-escrita.

O costume pode ter eficácia ab-rogativa, ou derrogativa, se acontece que o texto da lei caiu em tal obsolescência que o juiz, o intérprete ou alguém interessado não mais o considera como incidente. Trata-se, aí, de ab-rogação ou de derrogação por inaplicação contínua, sem qualquer observância pelos interessados. Tinha razão Tomás de Aquino: “... secundum hoc, consuetudo et habet vim legis et legem abolet et est legem interpretatrix”; inclusive na referência a poder ser assente, costumeiramente, interpretação que não teria sido a acertada. Se ainda há tempo de correção, o costume não chegou àeficácia ab-rogativa ou derrogativa. Não se confunda tal ocorrência com o afastamento, pelo juiz, ou por intérprete, ou por interessado, com fundamento em ser impossível ou repelível a incidência, pois então o que ocorre éinvalidade do texto.

Se alguns escritores continuam a entender que o reconhecimento do costume ab-rogatício ou derrogatício seria admitir-se o desrespeito à lei, à sanção geradora, a desobediência, o que se lhes há de opor, e basta, é que a repetição sem qualquer repulsa revela a vontade do grupo social, tanto mais quanto houve aplicação pelas autoridades estatais. O que se aplicou, o que se respeitou, foi o que se teve como regra jurídica incidente.

Se a regra jurídica não foi aplicada porque era lex imperfecta, bastou o fundamento da imperfeição; não se precisa exigir a eficácia ab-rogativa ou derrogativa do costume.

Tem-se divergido quanto a poder-se considerar regra jurídica o que écostume internacional. A negativa excluiria das fontes do Direito das Gentes o costume, para admitir o costume apenas como regra moral ou de conveniência social não-juridicizada. Ter-se-ia o costume internacional como simples revelação internacional por um dos processos sociais, de adaptação, que é a Moral, como há revelações de ordem econômica, política e até religiosa. Ora, as mentiras politicas ou econômicas entre Estados são imorais; não são infrações de regras jurídicas. Mas pode ocorrer que os Estados tenham acolhido, através de muito tempo, regra que se fez direito costumeiro, e alguma Corte haja de aplicar. Não o pode negar mesmo os que, na esteira de Hugo Grócio, negam direito não-escrito supra-estatal e até mesmo a Moral para os Estados.

Antes já disséramos (65): “Assente que devam ser induzidas as leis, surgem perguntas, que não são de somenos importância: j,se o direito não escrito deixa de corresponder às necessidades do organismo social, como se explica o desenvolvimento, até aqui efetuado, das sociedades humanas, principalmente nos primeiros tempos em que era nenhum, ou escasso, o direito escrito? ~,Se o direito não escrito aparecia como indução espontânea dos povos, que outra conduta pode ter o legislador senão assentar no direito não escrito o que julgar necessário?

Não há dúvida que tais perguntas atingem o âmago da questão e traçam o dilema: ou acerta, e então cumpre segui-lo como revelação empírica, ou não acerta, e deve ser desprezado. Mas em verdade a situação não é esta.

Também os instintos acertavam, e nem por isso a inteligência os proscreveu, nem insistiu em se ater a eles. A adaptação possui algo de análogo à lei: o costume (Sittengesetz); e por isto pretendeu Hermann Cohen que a Ciência do Direito só tenha uma coisa que excetuar: “assentar as normas, em que a lei costumeira se desenvolva e se complete (Logik der reinen Erkenntnis, 388). Era a solução tradicionalista, a moral dos antigos, que incentivava tal concordância do espírito com o realizado pelas forças espontâneas da sociedade. Ora, as leis não escritas podem ser a fonte e os fundamentos para a eficácia do direito escrito, mas não quer isto dizer que o costume seja o único dado de que se

induza: há outras relações sociais e a diferença entre o nosso método e o dos outros, que nos precederam, é justamente esta, não a de concedermos entrada a uma ou duas espécies de relações, e sim demonstrarmos a necessidade de induzirmos da totalidade das relações sociais (de costumes, éticas, econômicas etc.). Nas indagações históricas, comparativas, de lege ferenda e críticas, há a acentuada tendência para prover à elaboração do direito, não por julgamento de valor, mas por meio de julgamento e à atividade formadora do direito no sentido de substituir aos inseguros processos ínstíntivos ou metafísicos o método científico".

No campo forense, chamou-se estilo o costume relativo a atos judiciais, inclusive as escrituras, por terem os pressupostos de que acima falamos. Também eles não se deviam nem hoje se devem observar contra as leis escritas (Lei de 18 de agosto de 1769, § 14, e Assento de 20 de dezembro de 1783). Se eram estilos da Casa de Suplicação, passavam à frente de quaisquer outros; acima desses os da Casa do Porto (Carta Régia de 16 de junho de 1609). O Assento de 29 de maio de 1751 explicitou que os estilos contra as regras jurídicas escritas não deviam continuar. O juiz não deve admiti-los se lhe falta, por exemplo, o pressuposto da uniformidade ou alguma razão (Assento de 20 de dezembro de 1707).

Os Estilos da Casa da Suplicação, anteriores a 1603, foram compilados por João Martins da Costa (1791, ia edição, publicada pelo Reformador-Relator da Universidade de Coimbra). Os da Relação e Casa do Porto provavelmente foram recolhidos por Gabriel Pereira de Castro (Manuel Álvares Pêgas, Commenta ria, IV, 109). O Estilo, para valer como lei, tinha de ser confirmado por Assento da Casa de Suplicação (Lei de 18 de agosto de 1769, §§ 5 e 14). Os Estilos de um tribunal, se contrários às regras de direito, não deviam ser aceitos nos outros (Assento de 13 de fevereiro de 1775).

5. Determinação pelo juiz Hoje, só há o dever, para as partes, de provar o direito estadual ou municipal, estrangeiro, o consuetudinário, se o juiz o determinou. O dever nasce com a determinação pelo juiz de se provar o teor e a incidência. Aí, mesmo se o direito é do Estado-membro ou do Município em que exerce a função judicial, pode determinar que a parte faça tal prova.

Art. 338. A carta precatória e a carta rogatória') não suspendem o processo2)')5), no caso de que trata o art. 265, IV, "b ", senão quando requeridas

antes do despacho saneado?).

Parágrafo único. A carta precatória e a carta rogatória, não devolvidas dentro do prazo6) ou concedidas sem efeito suspensivo, poderão ser juntas aos autos até o julgamento final7).

1. Carta precatória e carta rogatória Se há pressupostos suficientes para que se requeira carta precatória ou carta rogatória, tem o juiz de deferir o requerimento dos legitimamente interessados. Mais: de acordo com o art.

130, pode ele, de oficio, determinar a expedição, uma vez que a considere necessária à introdução do processo.

Absurda a decisão da 28 Turma do Tribunal Federal de Recursos, a 30 de março de 1948 (R. F., 119,434), quando disse que “a prova testemunhal só pode ser tomada pelo juiz que julgar a causa, sendo, conseqUentemente, impraticável por precatória”. Também é de repelir-se ficar ao arbirio do juiz definir, ou não, o pedido de precatória ou de rogatória. Os arts. 130 e 131 do Código de 1973, com os arts. 117.e 118 do Código de 1939, não permitem tal ilação: não tiram, nem admitem que o juiz possa tirar direito à prova (sem razão a 18 Turma do Supremo Tribunal Federal, a 13 de outubro de 1947, D. da J. de 11 de agosto de 1949, 2109). Haveria cerceamento de defesa (Tribunal do Trabalho da ia Região, 12 de janeiro de 1943, D. da .1. de 17 de fevereiro de 1948).

j,O rol das testemunhas é apresentado ao juiz deprecante, salvo se há razão ponderável para só se apresentar ao juiz deprecado, dentro do número de testemunhas que foi pedido? Afirmativamente, a Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, 18 de junho de 1951 (J. 1951, 286).

São necessárias algumas precisões. De ordinário, supõe-se que as partes hajam requerido, antes, o depoimento de testemunhas. Para que saia carta precatória, ou rogatória, é necessário que se saiba que as testemunhas se acham alhures, de modo que o rol se deve achar no juízo deprecante, indo inserto na precatória ou rogatória.

Salvo se se sabe que as testemunhas se acham no outro lugar e não se tem certeza sobre o nome, o que somente no juízo deprecado se há de apurar e indicar. Não se percam de vista, o art. 183 e§§ 10e20.

2. Suspensão do processo A regra jurídica sobre a suspensividade processual das cartas precatórias e rogatórias para prova sempre foi excepcional. O Reg. n0. 737, de 25 de novembro de 1850, art. 134, já previa dois casos: o acordo das partes; a ligação da prova ao lugar da prova, mais indispensabilidade. Longe está a excepcionalidade de diminuir a importância da suspensão. O Código de 1939

riscou o acordo das partes e satisfez-se com a "indispensabilidade" da prova, se a carta foi requerida antes do despacho saneador, ponto que examinaremos adiante, ánota 3). Temos, pois que a carta, precatória ou rogatória, somente poderia ter efeito suspensivo se: fosse requerida antes do despacho saneador; dela dependesse a decisão (pressuposto da indispensabilidade). O juiz tem de examinar se a prova éindispensável, sem mais se ater àquela outra exigência do Reg. n0 737, que era a de se tratar de "contrato ou fato", "objeto principal de demanda", "acontecendo no lugar para o qual se pede carta de inquirição". O Código de 1939 foi mais prudente, porque esse não era o único caso de indispensabilidade, nem merecia ser tido como pressuposto à parte. O Código de 1973 seguiu o que se dissera no de 1939, mas inseriu a referência ao art. 265,1V, b).

No art. 265, IV, b), diz-se que se suspende o processo quando a sentença de mérito não puder ser proferida senão depois de verificado qualquer fato, ou de produzida certa prova, requisitada a outro juízo. Para que tal suspensão se dê, é preciso que a carta precatória ou a carta rogatória tenha sido requerida "antes do despacho saneador".

3. Despacho saneador e prova requerida antes dele A exigência de ser requerida a carta precatória ou a carta rogatória "antes do despacho saneador..."'56 é pressuposto novo, ligado à natureza do processo instrucional que o Código de 1939 introduziu e está no Código de 1973. Havia a respeito, sem dúvida, problema de técnica legislativa a ser resolvido. O legislador partiu o processo em duas partes até o despacho saneador, depois do despacho saneador. Desde logo observemos que a indispensabilidade da prova, que só se pode produzir, deprecando-se outro juiz, ou rogando-se, independe da cisão que a lei criou. Se a prova é elemento indispensável à convicção do juiz, pouco importa que se haja requerido a expedição do precatório ou do rogatório, antes ou depois do saneamento. Indispensabilidade. Se a decisão independe principalmente da prova pretendida, claro que sem ela a decisão seria monstruosa. ~Que é que o Código chama "requeridas"?

a) A precatória ou rogatória pode ter sido prevista, desde o início da demanda, por estar ausente alguma ou estarem ausentes todas as testemunhas, ou se tratar mesmo de prova ligada a lugar fora da jurisdição. Se a parte, na petição ou contestação, aludiu a esse fato, foi apenas mais explícita do que

156 Sobre o despacho saneador, na verdade decisão interlocutória, vd. os comentgrios ao art.

331, com a redação do art. 1 da Lei n' 8.952, de 13.12.1994.

lhe exige a lei, que se limita a exigência dos arts. 282, VI, e 300, quanto à indicação dos meios de prova, inclusive do documento que se pode achar fora do juízo (art. 283). Requerê-las desde aí seria prematuro, posto que não inútil. A regra é que se faça depois o requerimento de precatória ou rogatória, naturalmente antes do despacho saneador.

b) Se, porém, a causa de requerer carta precatória ou carta rogatória de inquirição, de perícia, ou o que for, sobreveio, tal superveniência tanto pode ser antes como no dia ou depois do despacho saneador. Se ocorreu no dia, ou depois dele, não poderia ter sido requerido, antes, a diligência. Não nos referimos, aí, à causa para a prova; e sim à causa para a carta, precatória ou rogatória. Por exemplo: se a testemunha ou as testemunhas se ausentaram, posto que estivessem presentes à jurisdição antes do despacho; se o terceiro, em poder de quem se acha o documento (art. 360), alega que o documento está depositado no estrangeiro, ou noutro lugar do país, e àdisposição dos peritos. Ou havemos de entender as expressões "requeridas antes do despacho saneador" como de todo infelizes, porque distinguem dois casos de indispensabilidade; ou havemos de admitir, o que será a solução razoável, que tal limitação da lei é inoperante se o requerimento não podia ser feito antes do despacho saneador, ou podia ser feito e não no foi por força maior. Sim, porque a força maior rompe prazos, conforme o art. 183. Nada obsta a que desse art. 183 se tire o argumento para a suspensividade, por ter sido a força maior que impediu o requerimento, tanto mais quanto, se transindividual, suspende a própria instância.

Se a precatória ou a rogatória foi pedida antes do despacho saneador, incide o art. 265, IV, b). Não basta o protesto por precatórias; para a suspensividade é preciso que tenha havido, antes do despacho sanador, requerimento e dependa,

principalmente, da prova requerida a decisão da causa (38 Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 22 de julho de 1948, R. F., 120, 506).

Mas, se houve o que acima dissemos, quanto à superveniência da razão de deprecar ou de rogar, ou quanto à força maior, não se pode deixar de suspender o processo, se a decisão depende da prova requerida. Na mesma trilha o Tribunal de Apelação de Santa Catarina, a 3 de maio de 1945 (J. 1945, 225), acertadamente decidiu que o indeferimento do pedido de precatória, para alhures serem ouvidas as testemunhas, cerceia a defesa. As testemunhas são ouvidas onde residem, salvo se de moto próprio se transportam ao juízo em que corre a demanda.

4. Suspensão do processo por acordo das partes O art. 338 omitiu a suspensão do processo por acordo das partes, mas é possível a convenção suspensiva da própria instância (art. 265, II) e a dilatação convencional de prazos~ requerida ao juiz (art. 181). O prazo do art. 327 é dilatável por esse meio. Como o processo terá de parar, melhor é que as partes convencionem a suspensão do processo pelo prazo do artigo 265, § 30

5.Suspensão do processo e suspensividade da carta Se o juiz suspendeu o processo pela convenção das partes, ou concedeu a suspensividade da carta, nenhuma dificuldade surge, porque se aguarda o cumprimento dentro do prazo original ou prorrogado. Se não foi cumprida no prazo, é espécie da precatória ou rogatória não devolvida em tempo, pois existe outra, que é a da precatória ou rogatória “sem prazo” que foi tardiamente cumprida ou tardiamente entregue em cartório. Se foi concedida sem suspensão, ou da instância ou do processo, é acidental que chegue a tempo. Em qualquer desses casos poderá ser junta aos autos, na superior instância, e produzirá os efeitos de convicção, que tenha, como se houvesse sido apresentada na primeira instância (inclusive dela se servirem os juizes para reformar, no todo ou em parte, a sentença).

6.Prazo para cumprimento da carta precatória Se houve prazo para cumprimento da precatória ou rogatória, com ou sem suspensão do processo, esse prazo é prorrogável, com fundamento no art. 183. Se houve suspensão do processo, rege o art. 265, § 5o•

7. Suspensão do cumprimento Se não houve suspensão de processo e apenas se atende ao efeito suspensivo da carta precatória ou rogatória, somente o processo

da carta precatória ou da carta rogatória é de suspender-se, sem terem de suspender todos os atos processuais que hajam de ser praticados ou recebidos durante o prazo para cumprimento. A suspensão éapenas quanto aos atos que seriam intempestivos, ou inúteis, ou precipitados, se a prova por precatória ou rogatória tivesse de ser atendida em seu valor probante.

Art. 339. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade')2).

1. Dever de verdade De início cogitemos do dever de verdade, para caracterizarmos o seu conteúdo. A busca da verdade, o interesse pelo descobrimento ou atingimento da verdade, não é dever, salvo se o ser humano, a vocação individual ou o caminho de atividade que escolheu, fez da pesquisa, da busca ou da simples intenção de atividade, dever perante si mesmo. Se passamos ao mundo social, o dever de verdade surge em qualquer dimensão do espaço social, posto que, fora da Ciência, possa haver e há sempre limites conforme o lugar e o tempo. Há dever de verdade na Religião, na Moral, na Arte, na Economia, na Política, no Direito, na Ciência, na Moda e nos processos sociais, menos importantes de adaptação.

Nas religiões há os juramentos, em que a Deus ou aos deuses os entes humanos prometem a verdade, e variam, nas regiões terrestres e nas épocas, as consequências da observância exata e das faltas. Nos sistemas morais, desde os mais primitivos, sempre existiu e existe o dever ético, que é perante si mesmo e perante o grupo social. Na dimensão social da Economia, a exigência da qualidade e da quantidade tinha de levar, como levou, ao dever econômico, de verdade. Na Política, dentro dos grupos a falta de verdade étraição, embora a repercussão possa ser prejudicial a finalidades de membros do grupo ou da permanência do poder (na análise sociopsicológica, a Política tem 6, 3 máximo, de quantum despoticum e 2 de estabilidade). No Direito, a instabilidade diminui a ponto de a Economia e a Policia dele precisarem para, com as regras jurídicas, trepidarem menos. Na Arte, o dever de verdade levou à repulsa, à reprodução e à imitação e busca-se, com o que se produz, revelar algo que a simples vista e a audiência e o próprio tato não consegue. Na Ciência, o próprio fim é a Verdade e quem tem o intuito de descobrir nada mais fez que correr, descer, subir à procura de enunciados verdadeiros.

Se, como aqui temos de exigir, ficamos no campo do Direito, logo percebemos

que há o dever de verdade, que supõe esteja na mente do legislador, para que a lei faça o bem social, o dever de verdade de quem interpreta as leis e o dever de verdade de quem as tem de aplicar.

2. Dados históricos Medidas contra atitudes maldosas, ou de fundamento falso, tinham de surgir no plano de direito processual. Os que de má-fé agiam, por exemplo, pagaram como multa a soma do sacramento (Gaio, 4, 13). Aí, a perda da ação bastava à pena, de modo que perder era sinal definitivo de má-fé. Passou-se depois às sponsiones, tendo as partes de jurar a prestação da terça parte do valor da ação, quer para o réu, quer para o autor que perdia (Gaio, 4, 171). Com a litiscrescência, em algumas ações, se o réu não reconhecia o direito do autor, ou discutisse sem base (Gaio, 4, 23; 4, 25). Houve também o "iudicium calumniae", para o caso de malícia (calúnia). Tudo isso em parte foi superado e passou, e Justiniano exigiu a partes e procuradores que prestassem o juramento, o que concorria para se determinar o status causae et controversias. A falta do juramento levava a ter-se como verdadeiro o que disse a parte contrária. Assim se servia não só às partes, mas à utilidade comum. No fundo, havia repressividade e preventividade.

No direito germânico, o elemento religioso ressaltava e o direito romano influiu profundamente~ nos séculos XIV e XV, sem eliminar a técnica germânica.

A contribuição quanto aos pressupostos articulativos das petições foi grande no passado. Os atos sacrificiais e juramentais dos primitivos apenas nos serviriam para chegarmos às grandes civilizações dos milênios passados, no Oriente, e no Ocidente. Vê-se o mesmo nos juramentos dos Gregos, como, por exemplo, quando degolavam um touro, um bode, ou um carneiro, para que o depoente jurasse com a mão e, às vezes, também com o pé, tocando no cadáver. Está em Demóstenes (Aristogiton, § 68, 642). Cf. Esquino (De falsa Legatione, § 87, 264) e Licurgo (Leocrate, § 20). Aliás, os juizes também juravam aos deuses, para que não se afastassem da verdade, e as suas sentenças fossem justas.

No direito romano, a princípio os interessados nas ações recorriam aos sacerdotes, para que não errassem. Tais juristas sacerdotais auxiliavam os futuros litigantes. Nas legis actiones sacramento, ora in personam, ora in rem.

Mas, depois, passou-se aos depósitos, a que se deu o mesmo nome de sacramento, pois que eram depósitos in sacro, de que só tinham direito a retirada

os vencedores. Advirta-se que a lex Pinaria deu trinta dias para que as partes se conciliassem. Fragmento de livro de pergaminho que se descobriu em 1933, no Cairo, muito contribuiu para que conhecêssemos melhor as legis actiones. Já então se não tinha de fazer o depósito, algo de aposta, mas as questões continuavam obscuras.

No texto de Gaio, Inst., Livro IV, § 13, está que o sacramento era uma ação geral, pois era concernente a todas as ações que a lei não estabelecia processo especial, e era perigosa para os litigantes de má-fé. Havia, evidentemente, o castigo para a parte perdente, algo de castigo, Max Kaser (Das rOmische Zivilprozessrecht, 61) para a parte que agisse com fraude.

Posteriormente, não mais se teve a ação de sacramento. Surgiram as sponsiones. Não se pode negar que apenas se tratava de evolução, com a diminuição do elemento religioso, e para se punir, digamos, a má-fé, inclusive com a condenação ao dobro da garantia.

No fundo, o ser humano queria que se evitasse a falta de verdade, a má-fé, e surgiu o próprio “iudicium calumniae”. Assaz relevante é o texto das Institutas de Gaio (Gaio, Jnst., 4, 174). O judicium calumniae estabelecia a pena processual (um décimo do valor da ação, e um terço, no caso de açao de adsertor in libertate). Compreende5e que depois de permitir ao demandado exigir do autor que não caluniasse; e o mesmo pudesse fazer o autor. Justiniano pôs isso em lei: ambas as partes e seus procuradores teriam de prestar o juramento. E até para determinados atos processuais podia ser feita a exigência. O que se quis foi a vedação da mentira na ação e na contestação. Tinha-se de advertir cada parte, prevenir, e tinha-se de punir a infração. Toda afirmação que é inverídica e disso se tem ciência (consciência) era de repelir-se. Não havia só o interesse individual; havia o social: “non pro commodo privatorium, sed communi utilitate”.

Tudo isso buscava à concepção de dever (jurídico) de verdade. Tem-se de ver tal dever, no direito material e no direito processual. As regras jurídicas têm de ser para evitar a mentira, a inveracidade, e para condená-la, punindo-a. Já não se precisa do elemento religioso.

Na península ibérica, a manquadra foi assunção de dever moral de veracidade, com os cruzamentos de quatro mãos. Tudo sugere que a origem foi germânica. O

juramento de calúnia estava nas Ordenações Afonsinas, Livro III, Tiulo 39, pr.: "...o Autor jurará, que não move essa demanda com tenção maliciosa, mas por entender, que tem justa rezam para a mover, e prosseguir até fim; e bem assy o Reo jurará que justamente entende de defender esse preito e não alegará, mas que verdadeiramente se defenderá sempre até fim do preito, a salvo de sua consciência". Era possível antes e depois da contestação, concernente a qualquer ato (Tiulo 39, § 1).

Procuradores (§§ 2 e 3) estavam sujeitos a juramentos e podiam ter outorga de poderes para jurar em nome da parte. Se a parte estava ausente e longe e não se podia ter tal outorga, o Procurador podia jurar por ela (§ 4).

Também juravam os Tutores e Curadores, em seu próprio nome (§ 5). O menor relativamente incapaz (então, entre quatorze e vinte e cinco anos). Tudo isso passou às Ordenações Manuelinas, Livro III, Título 29, §§ 1-5, e às Ordenações Filipinas, Livro III, Título 43, §§ 1-6.

A veracidade que se exige é subjetiva: a parte tem de fazer a comunicação de conhecimento, enunciar, conforme sabe. Se fosse objetiva, teria o dever de expressar o que foi, ou que deixou de ser, ou o que é ou não é, tal como aconteceu ou acontece, mesmo sem saber. Tem o dever de expor o que sabe, e não o dever de saber e de expor. No dever de veracidade está implícito o de não omitir o que sabe, quer favorável quer desfavorável àoutra parte, ou ao próprio depoente. Nada obsta a que exponha algo, com a ressalva de ter dúvida quanto ao que viu ou ouviu. Deve-se entender que há mesmo o dever de expor aquilo de que não tem certeza, mas lhe parece ter ocorrido (cf. Hans Welzel, Die Wahreitspflicht im Zivil prozess, 7 s.). Por outro lado, se uma das partes suspeita ter ocorrido algum fato e sugere que a outra parte deponha, ou se pede prova de que a outra suspeita, não se está no âmbito do dever de veracidade (cf. Heinz Thomas und Hans Putzo, Zivilprozessordnung~ 1968, 3~ ed., ao § 138). Pode acontecer que a parte afirme que tem certeza e as circunstâncias revelem que não deixou de atender ao dever de veracidade, pois os elementos que se lhe apresentaram tinham de levá-la à convicção. Por exemplo: diz que entregou o cheque a B e quem foi buscá-lo se vestiu e usou a peruca que B sempre usa, parecendo B, de que é irmã, desconhecida da parte.

Não se tem mais o juramento, a despeito de o ato ter perdido o elemento religioso e ter continuado com cerimônia através de séculos. Verdade é, porém,

que era advertência, que afastava meios probatórios supérfluos.

Os textos das Ordenações Filipinas, Livro III, Título 43, foram o direito brasileiro a respeito do dever de verdade, até que surgiu o Reg. n0 737, de 25 de novembro de 1850, no tocante às ações civis, ao que se seguiu a Lei n0 2.033, de 20 de setembro de 1871, que fez executar-se a Consolidação das Leis do Processo Civil, elaborada por Antônio Joaquim Ribas. Medidas como a do Reg. n0 737, art. 94, de multa à parte que propusera ação com manifesta má-fé e caluniosamente, eram reconhecimentos explícitos do dever de verdade. Vieram as legislações processuais estaduais, que divergiram no cômputo das multas.

Na técnica legislativa, o que faltava e era de impor-se consistia em inserir-se regra jurídica que estabelecesse, sem se ater a regras jurídicas de multas e de penalidades, o dever (jurídico) de verdade. É de notar-se o que se deve à legislação alemã de 1933 a clareza com que se apontou o dever de verdade. O § 138, 1, da Ordenação Processual alemã passou a ter tão relevante papel, frisando que as partes têm de fazer as suas declarações sobre as circunstâncias de fato com toda a amplitude e conforme a verdade.

O Código de 1973, art. 339, estatui que ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade. Os arts. 341, 1, 345-347, 352 e outros ainda tocam o assunto. Nos arts. 16 e 18

cogitou-se da responsabilidade das partes por dano causado em ato processual. Antes, no art. 14, 1, fez-se dever das partes expor os fatos em juízo conforme a verdade.

Trata-se de dever, e não de ônus, e sempre foi erro falar-se, aí, de ônus (e.g., Bernhardt Wieczoreck). Já nos Comentários ao Código de 1939 (1, 1947, 1a ed., 267), escrevíamos: “As partes e, com ela, os seus procuradores e advogados têm o dever de colaborar com o juiz e os outros auxiliares da justiça na realização do direito objetivo, finalidade do processo, na apuraçaO da verdade e no andamento regular dos feitos. Um povo vale a justiça que tem, a independência que dá a essa justiça e a responsabilidade a que submete os seus juizes.

Condições, essas, que exigem democracia e liberdade, como princípios de estruturação da vida, e formação moral como principio de substância. Se a parte, o procurador, ou o advogado, articular, por exemplo, que alguém já faleceu e o

faz sabendo que não é verdade, ou, se tem dúvida, servindo-se de testemunhas que deponham conforme os seus interesses, dá-se a figura da alteração intencional da verdade. Não é de mister, para que se componha, ser a afirmação do “contrário à verdade”, ou a negativa mesma da proposição que traduziria a realidade dos fatos: basta que a altere, a modifique, a torça, a mascare, a afeiçoe a seus intentos ou de outrem, desde que soubesse estar falseando os fatos”.

Sobre o dever de verdade, Fritz von Hippel (Wahrheitspflicht und Aujklãrungspflicht im Zivilprozess, 151) e Wolfgang Bernhardt (Die Wahrheitspflicht im Zivilprozess, Deutsche Juristen-Zeitung, 1936, 1404).

Aos sistemas jurídicos é conveniente inserir regras jurídicas sobre o dever de veracidade, mas o princípio está implícito no direito moderno. Sempre repelimos a tese contrária (e.g., Schultzenstein, Die Luge im Recht, Juristische Wochenschríi, XLIX, 873; Adolf Wach, Grundfragen und Reform des Zivilprozesses, 31 s., Vortrãge, 218; Georg Kleinfeller e outros). O que mais importa, no plano da ciência, é saber-se se o dever de verdade é pré-processual, ou simplesmente processual. O que se há de assentar-se éa pré-processualidade, mesmo se a regra jurídica sobre ele consta da lei processual civil. Alguns juristas, como Schrutka Edler von Rechtenstamm, que o procuraram antes do processo, voltaram à concepção ética do dever de verdade (tal dever existe, porém não é ele que havemos de cogitar). Nem à concepção religiosa. No Direito, ou ele para o processo preexiste a esse, como dever pré-processual, ou está em regra jurídica constitucional ou penal. É

elemento da tutela jurídica; portanto, pré-processual. Trata-se de dever perante o Estado, como sempre frisamos, e razão teve Max Kummer (Grundriss des Zivilprozessrechts, 76 s.). O Estado prometeu a tutela jurídica e nada cumpriu o que prometeu sem o dever de verdade para todas as partes e interessados. Cada um alegue o que quiser alegar, mas não falseie, não deforme. A relação jurídica processual é entre autor e Estado; angulariza..se, com as linhas autor-Estado, Estado-réu. Todos têm o dever de verdade. Onde se falta à verdade, há injustiça. O juiz tem de buscar a verdade, a despeito de cada parte ter o dever de dizer, veridicamente, o que conhece, e não o que desconhece. Daí a perícia, que é um dos meios que tem o juiz para decidir com justiça.

Interessante e valioso trabalho sobre o dever de veracidade fez Elício de Cresci Sobrinho (Contribuição ao Estudo do Dever de Veracidade das Partes, no

Processo Civil, São Paulo, 1972). Antes, Alcides de Mendonça Lima (O Dever da Verdade no Código de Processo Civil Brasileiro, R.F., 172, 42 s.), e Oscar da Cunha (O

Dolo e o Direito Judiciário Civil, Rio de Janeiro, 1936).

No art. 14, 1, pôs-se claro que é dever das partes e dos seus procuradores “expor os fatos em juízo conforme a verdade”. No art. 17, II. diz-se litigante de má-fé aparte que “alterar intencionalmente a verdade dos fatos”. Não se trata, aí, como no art. 339, de dever de Verdade objetiva (cf. Hermann Conrad, Deutsche Rechtsgeschichte, II, 468).

O dever de verdade contém o dever de não lesar por mentira, ou adulteração dos fatos. Existe em quase todos os ramos do direito, inclusive no direito privado e no direito penal (cf. Arwed Blomeyer, Zivilprozessrecht, Erkennlnisverfahren, 144).

Art. 340. Além dos deveres enumerados no art. 14, compete à parte: 1 comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado’);

II submeter-se à inspeção judicial, que for julgada necessá ria’); III praticar o ato que lhe for determinado3).

Art. 341. Compete ao terceiro ~>, em relação a qualquer pleito: 1 informar ao juiz os fatos e as circunstâncias, de que tenha conhecimento; II exibir coisa ou documento, que esteja em seu poder.

1. Parte e deveres Além dos deveres concernentes à exposição dos fatos, com veracidade, à não formulação das pretensões e de defesa se sabem que não têm fundamento (art. 14), têm as partes os que se prendem à posição na relação jurídica processual em ângulo. O primeiro deles é o de comparência em juízo, tendo de responder a todas as interrogações que lhes fizerem, salvo se consistem em imputações de crime ou de torpezas que se lhes atribuírem ou se referem a dever de sigilo (art. 347).

2. Inspeção judicial A parte pode ser submetida a inspeção judicial sehá necessidade, na dimensão jurídica, de tal medida. Por exemplo: a parte alegou que foi ferida nas costas ou na frente ou nos pés, para que, sob temor, assinasse

um documento; a parte articulou que o casamento não se tinha consumado; a parte foi acusada pela outra parte de não estar em situação psíquica de poder propor ação e ser de mister a nomeação de curador.

3. Ato determinado Uma vez que o juiz determinou a prática de um ato ou de alguns atos pela parte e são eles atos processuais necessários ou úteis ou convincentes para se atingir a finalidade da ação, tem ela dever de cumprir o que o juiz exigir.

4. Dever de terceiro Terceiro, no art. 341, é qualquer terceiro que tenha de concorrer para se apurarem as verdades das declarações feitas por alguns dos figurantes, se conhecem ou se conheceram os fatos ou circunstâncias, ou tenham de exibir alguma coisa ou documento, que esteja em seu poder, ou mesmo bem imóvel, inclusive residencial, em que algo se haja de verificar. Qualquer terceiro, dissemos; e não só aqueles que se fizeram opoentes, ou foram nomeados à autoria, ou litisdenunciados, ou chamados ao processo, ou arrolados como testemunhas, ou foram intérpretes, serventuários ou oficiais de justiça, ou peritos, ou depositários, ou administradores.

Seção II

Do Depoimento Pessoal 1)2)

1. Do depoimento pessoal A convicção do juiz, que é o fim de toda prova, precisa de afirmações que tenham de ser apreciadas por ele (pedido, defesa, exceções) e de provas com que tenha por verdadeiras as afirmações das partes, de regra discordantes entre si. O otimismo formalistico da teoria da prova legal escalonava os valores dos meios de prova e dos motivos de prova, no que denominamos sistema de pesos e medidas legais de força probante. (Muitas vezes fracassaria diante da inadaptabilidade do mundo a esses escaninhos de gaveteira medieval. Outras vezes, pela falta de esclarecimento sobre os limites do pedido, da defesa e de outras afirmações incidentes). A parte assiste ao processo, por si ou por seu procurador. Certa imediatidade é inelidível, ainda onde se empregou o legislador nos mais perigosos propósitos inquisitórios. Em certos casos e em certos momentos, essa presença das partes tem mais relevância, ou para precisões de afirmativas, ou para que se tenha a oportunidade de ouvir ao afirmante a confirmação do que antes dissera, por sua iniciativa, ou negando afirmações de outrem. O depoimento da parte, ou depoimento pessoal

(expressão defeituosa porque são pessoais os depoimentos das testemunhas e a confissão em depoimento da parte pode ser por procurador), é a satisfação, regulada em lei, dessa necessidade de haver durante a produção das provas, ou em momentos outros, essa imediatidade maior da parte do juiz. A parte não depõe para a outra parte, ou perante a outra parte.

Depõe perante o juiz, com

ou sem a assistência das outras partes. Também aí se revela a estrutura da relação jurídica processual (autor, Estado; Estado, réu).

2. Tempo em que se depõe O depoimento da parte é em audiência, ao tempo da instrução. Pode acontecer que a parte se tenha de ausentar, ou, por motivo de idade ou moléstia grave, seja de temer-se que ao tempo da prova já não exista. Então, pode ser antecipado o depoimento, segundo o art. 847, que é invocável a respeito de depoimento de partes, e tal depoimento antecipado não se confunde com o depoimento ad perpett«zm rei memoriam, cautelar, de que se cogita nos arts. 846, 848 e 851.

Art. 342. O juiz pode, de offcio, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa

Art. 343. Quando o juiz não o determinar de offcio’), compete a cada parte requerer o depoimento pessoal da outra, afim de interrogá-la na audiência de instrução e julgamento3)8).

~ç JO A parte será intimada4) pessoalmente, constando do mandado que se presumirão’0) confessados7) os fatos contra ela alegados, caso não compareça’2) ou, comparecendo, se recuse a depor.

~ 20 Se a parte intimada não comparecer, ou comparecendo, se recusar a depor, o juiz lhe aplicará a pena de confissão5)9)”).

1. Depoimento da parte Depoimento da parte, depoimento pessoal, é o conjunto de comunicações <julgamento de fato) da parte, autor ou réu, para dizer o que sabe a respeito do pedido, ou da defesa, ou das provas produzidas ou a serem produzidas, como esclarecimento de que se sirva o juiz para o seu

convencimento. É

erro definir-se o depoimento pelo resultado eventual de conter confissão. Nem sempre isso ocorre, nem sempre, ao requerê-lo, é intuito da parte adversa, ou do juiz, ou dos interessados na demanda, mesmo curadores, provocar a confissão. Não raro só se pretende captar, com precisão, o conteúdo de alguma afirmação, inserta no pedido, ou posteriormente, de relevância para a decisão, sem o caráter de concordância com as afirmações da parte adversa. A pena de confesso, com que se determina o depoimento da parte, funciona como sanção pelo não-comparecimento, e não como finalidade do depoimento. Parte, nos arts. 343-347, é qualquer interessado que, estando na demanda e tendo o ônus de afirmar, ou o ônus de fazer prova, contra ou a favor, afirma o que seria de seu interesse negar. De modo que olitisdenunciado, ainda que não se dê a substituição subjetiva, também pode confessar, prejudicando-se, como todo confidente, a si mesmo.

O enunciado de que o depoimento da parte não lhe aproveita, e pode apenas prejudicá-la, se há confissão, ou revelação de fato que sirva à argumentação da outra parte, é falso, porque nem sempre isso acontece. O

depoimento tem, não raro, força convincente que, no processo com o principio do livre convencimento do juiz, pode fazê-lo um dos fundamentos da convicção. Assim, o dito “Quando a parte confessa faz prova contra si mesma, e o quanto diz a seu favor de nada vale” (Corte de Apelação do Distrito Federal, 13 de novembro de 1922, R. do STF, 50, 60) deve ser repelido.

O depoimento da parte teve, na História, diferentes soluções: o juramento sobre o fato, à maneira romana, o juramento de direito, conforme a concepção germânica, e testemunho da parte, de caráter anglo-escocês. A germânica concernia à própria pretensão jurídica, ao passo que a romana e a do direito comum permaneceriam no terreno dos fatos, mas em fórmula de juramento, como ainda se dá no direito alemão. A tradição anglo-escocesa equiparou o depoimento da parte ao das testemunhas. Foi essa transformação que se operou no Brasil com a República e, agora, se acentuou no Código.

Discute-se se o depor é dever, ou apenas ônus. Jrata-se de dever, dever de comparência e depoimento (Franz Klein, Die schuldhaie Parteihandlung, 49; Richard Schmidt, Lehrbuch, 351, nota 2; Leo Rosenberg, Die Beweislast, 71), ou de ônus? No direito brasileiro, não é dever, é ônus; toca ao autor, ou ao réu, ou a

outro figurante, não como tal, e sim como meio de prova. Não se equipara ao dever da testemunha.

(1) É importante advertir-se, de início, que existem duas teorias principais: (a) a da confissão sucedâneo

“dispositivo” da prova (e.g., W. Endemann, Die Beweislehre, 119 s.; Adolf Wach, Das Gestandnis, Archiv flir die civilistiche Praxis, 64, 202-255) e (b) a da confissão meio de prova (Rudolf Pollak, Das gerichtliche Gestãndnis, 112; C. Lessona, TrattatO delie Prove, 529 s.). Se a confissão tivesse de ser considerada declaração da parte, não seriam as regras jurídicas sobre prova nem o art. 333 que tenam de ser aplicados, porém certas regras sobre declaração da vontade. O Código não anuiu em tal construção: para ele, a confissão é meio de prova material com que se concorre à instrução, embora tenha a particularidade de ser fornecida por aquele a quem prejudica. Não há qualquer laço entre o confitente e a outra parte, contratual ou de declaração unilateral de vontade.

A confissão é dirigida ao juiz, no interior de relação jurídica processual (réu, Estado: ou autor, Estado).

Aliás, a maior parte dos escritores que adotaram a teoria (a), se bem que aludissem ao princípio dispositivo, reconheciam o caráter instrucional da confissão.

(2) i,Qual a natureza da confissão, no sistema do Código? O problema é da maior importância teórica e prática.

Ou a confissão é (a) declaração de vontade, segundo a doutrina dominante na Alemanha, envolvendo disposição, abandono, das afirmações feitas, como a declaração do que faz um contrato, ou emite um título ao portador (contra, A. Hegler, Beitrage zur Lehre vom prozessualen Anerkenntnis u. Verzicht, 141 e 283 s.); ou é (b) comunicação de vontade, ou é (c) comunicação de conhecimento, portanto meio de prova, simplesmente. A concepção (b) teve defensor em Franz Klein (Die schuldhaie Parteihandlung, 162 s.), desde 1885. A concepção (c) reflete a orientação mais científica, e dominou o pensamento austríaco, a ponto de Franz Klein Friedrich Engel (Der Zivilprozess Ôsterreichs, 339) jamais tomarem posição franca a favor de (b). Schrutka (Grundriss, 194) e Rudolf Pollak (System, 643), à frente de outros, repeliram (a) e (b). A confissão,

tal como resulta da consciência dos nossos dias, é comunicação de conhecimento, revelação desfavorável do que se sabe ter acontecido; e, çomo tal, meio de prova ao lado dos outros meios de prova. O Código veio pôr ainda mais vivo esse seu caráter no fato de se abster de considerá-la negócio jurídico. Além de Rudolf Pollak (Das gerichtliche Gestândnis, Archiv fllr civilistiche Praxis, 88, 5 s.) em 1898, e Oskar Bulow (Das Gesttindnisrecht, 44), em 1899, a concepção nova ganhou a Lothar Seuffert, a Georg Kleinfeller (Lehrbuch, l~ ed., 307 s.), Heinrich Degenkolb (Beitrage, 153), A. Hegler (Beitrage, 218) e outros.

Assim, não possuindo, de modo nenhum, o § 266 da Ordenação Processual Civil austríaca, que foi contrário ao pensamento dos melhores juristas do seu país, o Código brasileiro passou a ser mais acorde, nesse ponto, com os resultados da ciência. Aliás, essa é a tradição do nosso direito, que só influências de leituras estrangeiras toldaram.

A parte tem o Onus de responder; não existe, porém, o de afirmar, ou negar, simplesmente, em resposta a determinado quesito, que se lhe apresente. Depõe sobre afirmações que precisem ser elucidadas, sobre a inteligência de proposições que emitiu, e sempre se tem em vista que somente deve dizer o que sabe como se fosse testemunha (Rudolf Pollak, System, 688). Tampouco se lhe pode exigir que se manifeste sobre sentimentos, ou afetos seus, salvo quando sejam eles o objeto mesmo das afirmações sobre fatos (art. 282, III) e venham envolvidos nas respostas às perguntas sobre esses fatos (e.g., nas causas matrimoniais). Nas perguntas que se lhe façam tem-se de respeitar o tema probatório. Cf. Código Civil de 1916, art. 136, 1.

2.Determinação de ofício O art. 343 foi explícito em atribuir ao juiz, em qualquer estado do processo, mesmo se em superior instância, o que depende de resolução coletiva ou de regra regimental, o poder de determinar o depoimento pessoal de qualquer das partes, consistente em respostas às interrogações sobre os fatos da causa. É

preciso que os fatos se prendam à relação jurídica processual, antes ou após a angularização, inclusive fatos que só digam respeito ao procedimento.

3. Requerimento do depoimento pessoal Temos de interpretar o art. 343 afastando que as partes e as pessoas internadas no julgamento, como os assistentes, somente possam requerer o depoimento pessoal da parte contrária de

o juiz não o determinou. As interrogações que a parte deseja fazer podem ser diferentes daquelas que vai fazer o juiz e pode não saber quais as que ele fará. Há outra diferença entre a atuação do juiz e a da parte:

a parte pode requerer o depoimento pessoal da outra parte (senso amplo) na audiência de instrução e julgamento, ao passo que o juiz pode determinar o comparecimento pessoal das partes (senso amplo>, a qualquer estado do processo. Frisando que, mesmo após a publicação da sentença de mérito, pode ser determinado o depoimento para corrigir inexatidão material, ou retificar erro de cálculo, ou em embargos de declaração (arts. 463-465).

4. Intimação da parte para comparecer e depor A intimação há de ser pessoal e do mandado háde constar que se terão como confessados os fatos contra ela alegados caso não compareça, ou comparecendo se recusou a depor. A intimação pessoal é à parte, mas são de invocar-se as regras jurídicas sobre carta precatória ou rogatória. Com isso não se exclui, caso haja os pressupostos, a intimação por edital, a despeito de se falar no art. 343, § 10, de ser a parte “intimada pessoalmente”.

5. Pena de confesso Pena de confesso é a que se comina àquele que nega a afirmação de fatos feita por outrem, no sentido de ser tida como verdadeira a afirmação do adversário. A expressão “pena de confissão” recebe o conteúdo que lhe advém da teoria de provas que o sistema jurídico adotou: (a) Se a confissão é considerada prova invencível, acima das outras, nenhuma outra pode destrui-la: a ficção opera, aí, como a realidade operaria, sem que a verdade pudesse aparecer através de qualquer outro meio de prova. (b) Se a confissão é apenas presunção legal, então a lei há de prever

as espécies em que essa presunção tem de ceder, usando critérios objetivos concernentes aos meios ou aos motivos de prova. (c) Se a confissão prova, porém a lei deixou ao juiz apreciá-la, quase como seria a conduta de cientista diante dos fatos, então a presunção estabelecida pela lei é vinculativa do juiz, porém não no mesmo grArt. A pena de confesso, cominada à parte, é a pena de ser tida a sua não-comparência, ou a sua comparência com recusa,

como se houvesse confessado. A confissão dai resultante chama-se confissão ficta, presumida, ou cominada.

Di-la-emos cominada. A confissão oral chama-se efetiva.

Os processualistas lusitanos e brasileiros dos séculos passados distinguiam a confissão ficta como caso de confissão tácita (em oposição àexpressa), pois há outros fatos ou atos de que dimana a confissão tácita. Há confissões tácitas não cominadas. Em todo o caso, o Código somente adotou a cisão “confissão efetiva (expressa ou tácita) e confissão cominada”. Comparem-se o art. 343, §§ 10 e 20, e os arts. 348-354. Certa tacitude, que se tenha de admitir, entra na primeira classe, oposta, assim, à confissão de que se trata no art. 343,

§§ 1” e 20 (verbis “se presumirão confessados”, “aplicará a pena de confissão”).

j,Pode o juiz aplicar, de ofício, a pena de confesso, que foi cominada?

Sim, evidentemente, se o depoimento foi ordenado de ofício: o juiz é que tem o interesse precípuo. Se foi requerida a determinação judicial, também a pena de confesso, que foi cominada, tem de ser aplicada, tanto mais quanto o mandado, hoje, é de conteúdo explícito.

A 60 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 4 de abril de 1952 (R. dos T, 201, 212), julgou que a aplicação somente podia resultar de pedido da parte, porque, argumentou, “é direito do litigante exigir o depoimento pessoal do adversário, em vez de se contentar com a aplicação da pena de confissão ficta, que apenas gera presunção passível de ser elidida”. Mas, se chegasse o momento de ser julgada a causa, sem que a parte houvesse pedido a aplicação, Lcomo havia de proceder o juiz? O art. 229 do Código de 1939 falava de

“cominação de confessa”, em se tratando de qualquer determinação judicial de depoimento da parte. Em nenhuma das regras jurídicas de então se referia o Código de 1939 a requerimento de aplicação da pena de confesso. Nem alhures. Hoje, foi acertado o que se estatuiu no art. 343, * li’.

6. Dever de dizer a verdade O juiz advertia o depoente do dever de dízer a verdade. O art. 344 é que trata do assunto, mas entendemos desde logo cogitarmos disso. (E aí está mais outra revelação de que a demanda também tende à verificação da verdade; e não só a composição das partes, por meio de declarações de vontade, de um e de outro lado.) Se a lei penal contiver alguma regra jurídica sobre o depoimento falso das partes, chamar-lhe-á a atenção para

as sanções penais (art. 415 e parágrafo único).’57 O depoimento sói ser oral. Se houver mais de uma parte a depor, separadas as que houver, e sem tempos diferentes, começando-se pelo autor, depois os seus litisconsortes e demais interessados ligados a ele (arg. ao art. 413). Se houve substituição subjetiva, primeiro o que substituiu, depois o substituído ou os substituidos. No caso de pluralidade de substituintes, pela ordem que o juiz marcar. Nenhuma das partes que ainda vai depor assiste ao depoimento da outra ou das outras (adiante, art. 344, parágrafo único). Se o juiz indefere, a pergunta que ele reputou impertinente tem de ser consignada no termo.’55 Nada obsta à dactilografia ou à taquigrafia (pelo escnvao ou pessoa indicada pelas partes, de comum acordo; ou nomeada adrede pelo juiz).159 Se a parte se recusa a depor, deve indicar, por escrito, antes da audiência, os motivos da recusa, decidindo o juiz livremente, ouvidos, ou não, os interessados. Se o escrivão tem dúvida quanto à legitimação do depoente para depor como parte, devido a não o reputar sujeito, mesmo adesivo, da relação jurídica processual, ou como capaz de confessar, consulta o juiz, e da sua dúvida, ou da parte que a levantou, e da resolução do juiz se fará exata exposição no termo. O art.

847 é de aplicar-se às partes que têm de depor.

A 1B Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a 15 de maio de 1950, decidiu que, devido aos próprios termos dos arts. 229, § 10, e 246, do Código de 1939 (hoje arts. 344 e 416 do Código de 1973), não constitui cerceamento de defesa permitir o juiz perguntas da própria parte, em seu depoimento pessoal. Sim; mas, no caso dos dep9mentos pessoais, se as perguntas se confinam no que era objeto do depoimento.

7.“Confessio ficta” Presumem-se confessados os fatos contra a parte alegados, diz a lei. É o principio de que a confessio ficta se equipara à confissão, de modo que opera tal como operaria, no mesmo processo, a confissão verdadeira ou efetiva. Quer dizer: só a respeito dos fatos suscetíveis de ser confessados e conforme a força probante que a confissão verdadeira teria, na demanda. Deve o juiz levá-la em conta como levaria a Não contém. Sena ,constitua a norma que coininasse penalidade à parte que falta com a verdade, consoante a melhor interpretaçio, extensiva ao cível, da garantia do inciso LXVIII do art. 5 da Const. 88, que se inspirou na quinta emenda à Constituiçio dos Estados Unidos. 158 Vd. o § 2 do art. 416, na redaçio do art. t0da Lei n 7.005, de 28.06.1982.

159 Vd. o art. 417, na redaçio do art. r da Lei n 8.952, de 13.12.1994.

outra. Aliás, a confissão do art. 343, §§ 1~ e 20, é simples presunção, como a outra. Em todo caso, há ponto em que as duas se distinguem: a do art. 348 pode ter eficácia probatória em futuros processos entre as mesmas partes (apreciada pelos juizes deles, de acordo com o art. 131), ao passo que a confissão do art. 343, §§ 1~ e 20, somente opera no processo em que ocorre. A confissão ficta é, portanto, interior ao processo e intranspiantável.

8. Ônus de responder Historicamente, o ônus de responder está àbase da confissão ficta, ou cominada, na medida da poena confessi. Na sistemática e na principiologia do processo contemporâneo, como que se desbotou o fundamento histórico. O Estado, de que o juiz é órgão, prometeu a prestação jurisdicional, e tem interesse, em meio à intensidade da vida de hoje, em que os processos se concluam no mais breve tempo possível. Para isso, adotou prazos e audiências, em que as partes tenham ensejo de se defender; se as partes não comparecem, a culpa de tal procedimento é delas e com ela têm de acarretar. Pena, propriamente dita, não há mais; há a cominação. No fundo, o interesse maior do Estado é realizar o seu direito objetivo, maior do que o de pacificar e de ser obedecido na ordem processual. Se a parte comparece e se recusa a responder, perturba o ritmo do processo, retardaria o feito se a lei não aceitasse a sua recusa. Para aceitá-la, é preciso que dela não advenham conseqUências más para o andamento processual, o convencimento do juiz e o interesse da outra parte, que afirmou e está privada de ouvir sobre os fatos afirmados o adversário. A cominação de confessa serve aos três propósitos obviativos. Tal como se passaria se, em vez de se recusar a depor, que é responder, se recusasse a comparecer.

9. Presunção oriunda do art. 343, § 2” A presunção é a de serem verdadeiros os fatos alegados contra o confitente. Mas a ficção, a presunção, a cominação, não vai além da realidade, de modo que, havendo prova contrária no processo, o seu valor se reduz. Vale contra a parte, contra os seus herdeiros; não contra os litisconsortes. É retratável por erro de fato a qualquer tempo na primeira instância, porque confissão não é declaração de vontade; se o não-comparecimento ou recusa foi obtido por dolo ou violência, a via única a seguir-se é a de uma das ações mencionadas no art. 352 e parágrafo único.

A confissão ficta somente gera presunção iuris tantum: “assim, tal presunção, por ser relativa, cede à prova documental contrária, que o revel junte às razões

do recurso. Essa a lição de doutores em processualistica, inclusive Pontes de Miranda, em seus comentários" (Tribunal Regional do Trabalho da ía Região, 5 e 21 de agosto de 1953, relator Amaro Barreto).

10. Cominação de confissão A confissão cominada não tem efeito vinculatório para o juiz, se os fatos confessados são inverossímeis e notoriamente inexistentes. Aqui, à própria notoriedade, em vez de positiva e probante dos fatos, como aparece no art. 334,1, nega a confissão e, portanto, as afirmações das duas partes adversas. Como as confissões se referem a fatos afirmados, os fatos afirmados é que são inverossímeis e a inVerossimilhança deles faz a inverossimilhança do depoimento do confitente.

Aí mais uma prova está de que a confissão é simples comunicação de conhecimento. Por isso mesmo, só se confessam fatos passados oupresentes; nunca os futuros. E "Non fatetur qui errat", dizia Ulpiano. A concepção da confissão como declaração de vontade teria a grave conseqüência de pôr vontade onde se trata de apurar verdade. (As chamadas "confissões de dívida", extrajudiciais, padecem do mesmo erro de terminologia e de conceituação: são documentos probatórios pós-temporâneos, isto é, documentos que provam negócios jurídicos anteriores a eles quase sempre exigidos para se satisfazer a lei sobre forma de certos negócios jurídicos).

Inconfundíveis com os negócios jurídicos declaratórios.

Nenhuma distinção há no Código entre a confissão cominada do réu e a do autor. (Sobre essa questão, A.

Hegler, Beitrõge, 231.)

No Código de 1973, art. 343, * ~ diz-se que, se a parte, intimada pessoalmente para depor, não compareceu, ou, comparecendo, se recusa a depor, se "presumirão confessados os fatos contra ela alegados", uma vez que isso constou do mandado. Há confissão ficta, devido à cominatória. CL art. 838, 2a parte. No art. 641, está explícito que a sentença em que o devedor foi condenado a emitir declaração de vontade, uma vez trânsita em julgado, produz todos os efeitos da declaração não emitida. Aí, há efic~cia sentencial e de modo nenhum se há de pensar em presunção ou em ficção. (Por influência da Ordenação Processual Civil alemã, § 894, o Código de 1939, art.

1.006, agarrou-se à ficção: “será esta havida por enunciada logo que a sentença de condenação passe em julgado”.)

11.Confissão efetiva e confissão cominada A diferença entre a confissão efetiva ou verdadeira e a cominada, no direito brasileiro, é quase nenhuma, quanto aos efeitos. Não se tire que aquela é como simples não-refutação de fatos, à semelhança do direito alemão. Na falta de refutação, de que se tem o principio no art. 333, 1 e II, fica à parte, até final, a faculdade de discutir com proveitos os fatos, ao passo que, assim na confissão cominada como na efetiva, há certa situação jurídica entre a parte e o juiz que, se não lhe tira aquela faculdade (a falta de verdade objetiva e o erro, juntos, podem ser trazidos a exame), a diminui em grande escala. E aí está a diferença entre a confissão cominada e a falta de refutação de afirmações sobre fatos.

12. Impedimento É possível que a parte, sem culpa sua, se ache privada de depor no dia da audiência (e.g., tem de partir para a guerra, está para morrer). Em tal emergência, tem-se de aplicar o art. 336, parágrafo único.

Durante a lide, antes da audiência, se a parte tiver de se ausentar, independentemente da sua vontade, ou quando a outra parte tenha sido culpada de retardamento que causou a esperada ausência da que tem de depor, ou se estiver, por motivo de idade ou de moléstia grave, em risco de vida, receando-se que ao tempo da prova esteja morta, ou incapaz de depor, pode ser inquirida, notificados os interessados. Antes mesmo da propositura da defesa em alguma ação é dado pedir-se a perpetuação do depoimento da parte futura, administar do que se passa com as testemunhas (art. 847).

Art. 344. A parte será interrogada na forma prescrita para a inquirição de testemunhas’).

Parágrafo único. É defeso, a quem ainda não depôs, assistir ao interrogatório da outra parte2).

1. Interrogação da parte O art. 344 remete às regras jurídicas sobre inquirição das testemunhas, para que se observem nos depoimentos das partes. O depoimento é perante o juiz da causa. O primeiro problema que surge é o relativo ao art. 411, que se refere a testemunha que é Presidente, ou Vice-Presidente da República, ou Presidente do Senado ou da Câmara dos Deputados,

ou Ministro de Estado, ou Ministro do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Federal de Recursos, '~ do Superior Tribunal Militar, do Tribunal Superior Eleitoral, ou do Tribunal Superior do Trabalho, ou do Tribunal de Contas da União, e demais pessoas referidas no art. 411, V-X. A resposta tem de ser afirmativa. No art. 411, parágrafo único, diz-se que tem o juiz de solicitar à autoridade que designe dia, hora e local a fim de ser inquirida, "remetendo-se cópia da petição inicial ou de defesa oferecida pela parte, que a arrolou como testemunha". Uma vez que se trata de parte, ou de pessoa que se inclui nas espécies de figurantes, o art. 411, parágrafo único, não é de invocar-se. As interrogações têm de ser feitas separada e sucessivamente. Primeiro, ao autor; depois, ao réu, providenciando para que

160 A partir da Const. 88, Superior Tribunal de Justiça <arta. 92,11, 104, e 27 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

uma não ouça o depoimento das outras (art. 413). Tomemos exemplo: autor, Desembargador, e réu, Desembargador, ambos no mesmo dia e lugar. No início do interrogatório, o autor e o réu, como qualquer outro figurante, têm de comprometer-se a dizer a verdade (art. 415),161 qualquer que seja o seu cargo. O depoimento, datilografado, é assim assinado pelo juiz e pelo depoente (art. 417).

Quanto ao dever de dizer a verdade, já dissemos o suficiente, sob os arts. 342 e 343, nota 6.

2. Permissão de assistência Quem já depôs pode assistir ao interrogatório da outra parte, mesmo que se trate de quem se inclui no art. 411, I-X.

Art. 345. Quando a parte, sem motivo justificado, deixar de responder') ao que lhe for perguntado, ou empregar evasivas2), o juiz, apreciando as demais circunstâncias e elementos de prova, declarará, na sentença, se houve recusa de depor.

1.Falta de resposta Há motivos justificados para a parte não responder a perguntas (art. 347). Há a aplicação da chamada pena de confissão, assunto do art. 343, § 20; e o juiz tem de examinar as circunstâncias e os elementos probatórios, dirá na sentença se a parte, que se recusou a responder, tinha de depor ou não tinha de depor.

2. Evasivas Se, em vez de responder com exatidão, afirmativa ou negativamente, o depoente emprega subterfúgios, ardis, deturpações, ditas, no texto legal, evasivas, tem o juiz de apreciar o que há de provas e o que o próprio disfarce revela, para deixar dito na sentença que a parte tinha de depor e como agiu. Tal atitude não dá ensejo a se presumir confessado (art. 343, §§ 1~ e 20) e o que lhe foi perguntado, posto que possa ser elemento para a apreciação das provas.

Art. 346. A parte responderá pessoalmente') sobre os fatos articulados, não podendo servir-se de escritos adrede prepara-161 O compromisso do ait. 415 é só da testemunha. N5o se presumem *confessados os fatos alegados contra a parte que, comparecendo, e depondo, não disser a verdade, já que a sanção do § 1~ do art. 343 foi prescrita para a falta de comparecimento, ou para a recusa a depor. Parece-me inconstitucional a penalidade à parte que, presente, se recusa a depor, diante do inciso LXIII do art. ? da Const. 88, que, embora se refira, explicitamente, ao preso, consagra o direito da parte ao silencio.*

162

Vd.anota

161,mn

fins.

dos; o juiz lhe permitirá, todavia, a consulta a notas breves, desde que objetivem completar esclarecimentos2).

1. Resposta pessoal O depoente pode escrever as respostas, se não fala, e responder a perguntas escritas, se é surdo. O que importa é que conheça o que se pergunta e transmita, qualquer que seja o meio, aquilo que responde.

2. Escrita e notas A lei proibe que leia as respostas, que levou escritas, ou que por outro meio, adrede preparado, como gravador, responda ao que se lhe interroga. Se o assunto exige dados de difícil memória, ou de difícil pronúncia, postos em notas (e.g., nomes de pessoas estrangeiras), é permissível pelo juiz que delas se utilize o depoente, se tem por fito completar esclarecimentos, ou dar esclarecimentos necessários ligados ao que transmitiu.

Art. 347. A parte não é obrigada a depor de fatos:

1 criminosos ou torpes, que lhe forem imputados’);

11a cujo respeito, por estado ou profissão2), deva guardar sigilo.

Parágrafo único. Esta disposição não se aplica às ações de filiação, de desquite e de anulação de casamento3).

1. Torpezas e crimes Se, no processo civil, alguma parte imputa a outra algum delito penal, ou algo de torpe, pode não responder, dizendo porque se recusa. Ocorre o mesmo se há sigilo por seu estado civil ou por profissão. É preciso que alguma regra jurídica imponha a sigilosidade. Se há exceções e o caso cabe numa delas, há o dever de depor.

2. Estado ou profissão Tem a parte que alegar sigilosidade de provar o seu estado, ou a profissão. Fora daí, não se há de pensar em dever de sigilo, se a prova de fato é necessária para o julgamento.

3.Exceçies à regra jurídica Nas ações de filiação, qualquer que seja, nas de desquite,lidade ou de anulação de casamento, não há permissão de deixar de depor. Todavia, devemos interpretar o art. 347 como sendo o parágrafo único exemplificativo, pois, nas ações de indenização por atos ilícitos, em cuja ilicitude está inclusa a torpeza, ou o ato ilícito consistiu em ato profissional, como se o médico ofendeu a cliente.

Seção III

Da confissão 1)5)

1. Conceito de confissão Quem confessa revela algo a alguém. No étimo de confitere há espelta (trigo inferior), aveia, cevada, o que nos permite ligar a confessio ao contacto no momento da comida, elemento necessário àcomunicação íntima e sincera. Quem confessa fala junto, concorda.’~

Já nas XII Tábuas, há o texto de Aulo-Gélio (Noctes atticae, 20, 1, 42), que foi objeto de dúvidas, mas temos por indiscutível que ele disse que, confessando dever determinada soma, reconheceu a dívida e tem o prazo legal para solvê-la, sujeito à manus iniectio por parte do credor. Dir-se-áque só se tratava de regra jurídica de direito material, mas de certo modo se supõe que a eficácia é a

mesma da confessio in iure. Cerca de muitos anos antes de Cristo, houve textos que já permitiam ter-se por judicial e extrajudicial a confissão e já se abstraía da quantidade confessada. A confissão equiparava-se ao iudicatus, de modo que era como se o confitente se julgasse a si mesmo, posto que no processo romano mais antigo quase só se pudesse pensar em condenação pecuniária. Não havia, no direito clássico, a eficácia executiva da confissão. Veio a concepção da confissão meio de prova. O certum não mais era “certa pecúnia”.

Pensou-se em não se tratar de probatio, mas sim de relevatio ad onere probandi, o que hoje devemos repelir.

Não só se exonera da prova a outra parte, tem-se a prova, que partiu da própria parte. Há contra se pronuntiatio seu declaratio da parte, réu ou autor. À parte, ou quem por ela possa confessar, é dado confessar o fato a ou o fato b, ou os dois ou mais; aí, não está em causa o princípio de indivisibilidade da confissão, assunto do art.

354. A atitude pode ser genérica ou qualificada (cf. Carlos Fumo, Accertamento convenzionale e Confessione stragiudiziale, 7 s., 272 s.).

Na confissão há mais comunicação de conhecimento do que comunicação de vontade: a parte quis comunicar o que sabia, embora contrário ao seu interesse e favorável ao adversário.

2. “Animus confitendi” Produzem-se os efeitos, quer a parte tenha querido, ou não, produzi-los. O animus confitendi, ou consciência do efeito da confissão, pode não existir; porém a confissão é infirmável pela prova

164 Confessio, de confiteri, este de cum. que, efetivamente, exprime a id6ia de algo conjunto, efateor. reconhecer falta ou erro.

da coação, ou do dolo. O confitente não aprecia, na confissão, as afirmações da parte adversa; nem a confissão é declaração de vontade. Os efeitos, que tem, são apenas um pouco além daqueles que teria a simples não-refutação das afirmações, ou a simples carência de contestação de fatos. Mas ela conserva o caráter de comunicação de conhecimento.

3.Confissão, ato jurídico “stricto sensu” A confissão não énegócio jurídico,

menos ainda dependente de aceitação. Antônio Joaquim Ribas supunha o contrário (Consolidação das Leis do Processo Civil, art. 342), mas sem apoio em lei, nem base teórica. Tampouco, aceita, se fecham todas as possibilidades ao juiz para se desvincular do ato do confitente (e.g., o art. 129). A fraude à lei, a simulação e o próprio conjunto das provas feitas podem deseficacizar a confissão. A confissão não tem a "força de sentença", como se dizia na doutrina anterior. Se a parte, a quem beneficia, recusa a confissão, o que pode dar-se, e sedâ, nas ações matrimoniais, em que às vezes o autor acusa, porém não gostaria de ter a confissão (assuntos explorados e exploráveis pela psicanálise) a confissão tem o valor que teria qualquer outra, por sua verossimilhança e coerência com as mais provas, inclusive essa circunstância, que o juiz apreciará (art. 131). A parte, que confessa, está obrigada a qualquer outra prova, a que aluda na confissão; porque as provas documentais que obrigam à exibição não são só as provas a seu favor, e sim também contra a parte adversa (art. 358,11). Não se confessa a dívida, a relação jurídica; confessam-se fatos. Se houve reconhecimento da dívida, o que se tem de saber é se, em direito e in casu, vale. Pode ser que valha como tal, a despeito do erro de direito; mas, se isso ocorre, ou não, é problema de direito material e não de direito processual. (J. J. C. Pereira ~e Sousa fez mal em metê-lo nas suas Primeiras Linhas, 1, 156, nota 435).

A confissão não é declaração de não querer contestar, é declaração de fato, de ócorrência. Nem é, tampouco, renúncia à prova, como pareceu a N. Th. Gõnner (Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses, II, 2~ ed., 368

s.), M. A. von Bethmann-Hellweg (Uber das gerichtliche und aussergerichtliche Gestiindnis, Versuche uber einzelne Theil der Theorie des Civilprozesses, 250 s.) e G. W. Wetzell (System des ordentlichen Zivilprozess, 3~ ed., 171 s.). Quem confessa não renuncia à produção de provas, razão por que não se há de falar de relevatio ad onere probandi.

A confissão tem de ser, se judicial, oral ou escrita (e.g., se o confitente não fala ou não pode falar). Salvo nos casos do art. 343, ~§ 1~' e 20, não há 1confissão tácita, ou confissão cominada.

Cumpre, porém, advertir-se que a confissão não afasta, de modo absoluto, o livre convencimento do juiz. Pode estar feita prova (de direito material) que conste de escritura pública, ou particular, e o choque com a confissão levanta o problema:

~, tem o juiz de ater-se à confissão, ou de respeitar o que dos autos consta? A confissão é declaração de verdade, enunciado de fato, tal como se passa na dimensão da ciência (Eduard Hólder, Die Natur des gerichtlichen Gestandnis, Zeitschr~ifiir Deutschen Civilprozess, 28, 389 s.). Se ela se faz com declaração de fatos que foram alegados pela outra parte, mas em verdade são inveridicamente enunciados na confissão, seria absurdo que se obrigasse o juiz a julgar erroneamente, tanto mais quando pode ter havido erro, dolo ou coação, sem que a parte propusesse a ação de anulação.

4. Confissão verbal A confissão de quem fala, porém não sabe ou não pode escrever, ou que sabe ou pode escrever, e só a faz de viva voz, somente tem eficácia se a lei, na espécie, não exige prova escrita.

No art. 353, parágrafo único, estatui-se que a confissão, quando feita verbalmente, só tem eficácia, nos casos em que a lei não exija a prova literal. Ora, a prova por escrito, que as leis exigem, ora é em instrumento particular, ora em instrumento público; mais ainda: pode haver o pressuposto do número de testemunhas. Tem-se de entender o art. 353, parágrafo único, como referente aos pressupostos do direito material. Se o direito material não admite a declaração de vontade somente com testemunhas, ou se exige escritura pública ou particular com testemunhas, temos de afastar que se possa provar em juízo o que não se podia provar fora dele, se a confissão é extrajudicial. Imaginemos que se pode provar, por exemplo, em ação de reivindicação, que se adquiriu terra ou edifício com simples carta de quem confessou fora do juízo. A parte pode confessar a respeito de imóveis, em juízo, com a exigência do art. 350, parágrafo único, porém quanto ao que a parte pode confessar.

5. Insanabilidade do defeito de forma pública Quando a escritura pública é da substância do contrato (ou da declaração unilateral de vontade), a confissão não a supre, isto é, não lhe faz as vezes, como se, faltando o documento (art. 283), a parte se prontificasse a confessar, e confessasse. Não se há de dizer que a confissão pode, no livre convencimento do juiz, dispensar o instrumento particular quando seja da substância do contrato, o que cortaria os diferentes princípios de direito material: está-se apenas a “provar”; a regra jurídica sobre confissão pertence, a priori, à legislação processual. O Código deixou ao direito material a admissibilidade dos meios de prova (art. 332). AI a transigência com a sanação pela confissão se chocaria como art. 332, de modo que estabeleceria convalidação processual do negócio jurídico, nulo segundo o direito material, se

a forma exigida como substancial é só a forma escrita (instrumento particular). Tal conclusão não é de se tirar, nem dos arts. 332 e 131. O assunto merece atenção, para se evitarem graves confusões. O art. 131 não corta princípios de admissibilidade da prova se a lei a fez prova substancial (art. 332); e a confissão tampouco. Ela corta o que o art. 131 já cortou; portanto, nada tem a "suprir": tem de "provar". Aliás, no caminho que aconselhávamos, nos Comentários ao Código de 1939, Tomo III, 25ed., 375 s., o legislador retirou o art. 233 do Código de 1939, mal influenciado pelo Reg. n0 737, de 1850. Nunca se perca de vista que a confissão é admissão de fatos afirmados, não da existência do direito do autor. O réu pode confessar que recebeu a quantia de dez mil cruzeiros sem recibo e sem testemunhas, posto que o contrato de mútuo tivesse de satisfazer o Código Civil, com os restos do seu medievalismo probatório. Contrato, não passa a havê-lo; porque só se provou, com a confissão, o fato da entrega, e a confissão sanou o erro de ação. Se vendi a casa a por cem mil cruzeiros, usando instrumento particular, e recebi o preço, confessando isso a quem ma comprou, não "supro" a escritura pública, porém confesso o fato da venda e recebimento do preço, devendo ser condenado conforme os princípios.

A confissão não supre as nulidades decorrentes da incompetência do juízo. Se prorrogável a competência, já se havia prorrogado.

O art. 141 do Código Civil de 1916 é óbice à prova, só testemunhal, dos negócios jurídicos cujo valor exceda o limite legal; não à prova pela confissão (cf. l~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 12 de junho de 1951, R. de D. L, 13, 278).

(No Código de 1939, art. 233, dizia-se que "os erros de ação ou de processo serão sanados pela confissão, que todavia, não suprirá a escritura pública, quando da substância do contrato". Quem entende que, com a supressão do art. 233, se permitiu a confissão sem ser em escritura pública, nos casos em que a lei de direito material a exige, defende absurdo. Imagine-se que se pudesse confessar a venda de imóvel ou de outro bem a que a lei faz elemento essencial o instrumento público. Se a exigência da prova literal afasta a eficácia da confissão verbal (art. 353, parágrafo único), absurdo seria que bastasse a confissão verbal ou a confissão por escrito particular onde a lei exige para o negócio jurídico ou ato jurídico a escritura pública.) Adiante, art. 401.

Art. 348. Há confissão'), quando aparte2) admite a verdade de um fato'),

contrário ao seu interesse e favorável ao adversário’). A confissão é judicial ou extrajudicial.

1. Definição e alcance de confissão A definição que o Código de 1973 pôs no art. 348 está certa. Evitou-se qualquer expressão que pudesse levar à velha e errada referência à presunção legal e obrigações e pagamentos, que se prendia ao Traité des Obligations de R. Pothier, em 1761. A confissão nada tem com a presunção. A confissão prova, é um dos meios de prova, o que acertadamente se frisava no direito canônico. O que importa é eficácia positiva da confissão, com as limitações subjetivas, pnncípalmente em relação aos litisconsortes (art.

350), e as limitações objetivas (arts. 350, parágrafo único, e 351). Há, ainda, quanto à confissão extrajudicial, os pressupostos formais (art. 352 e parágrafo único). Quanto aos deveres de sigilo, referem-se eles aos depoimentos, aos atos a que as partes são obrigadas, e não à confissão. A parte não é obrigada a confessar; o que se lhe permite é escusar-se a depor, por ser criminoso ou torpe o que se lhe imputa, ou se tratar de fatos concernentes ao estado civil ou à profissão (art. 347): confessar pode.

Cumpre advertir-se que o juiz pode invocar o art. 129, bem assim o art. 131. Se o juiz se convence de que a confissão foi um dos meios ou o único meio de que se serviram o autor e o réu para simulação ou para conseguir fim proibido por lei, a sentença há de obstar o que as partes queriam. O juiz também pode encontrar nas provas o suficiente para livremente apreciar o todo.

No caso de representação do confitente, se espontânea, se o representante excedeu dos limites, não há qualquer eficácia da confissão, de modo que não serve, sequer, para auxiliar o juiz na sua apreciação (sem razão, Ferrucci, em Natoli e Ferrucci, Delia Tutela dei Díríttí, IV, 1, 375). Diante do art. 351, que estatui que “não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis”, discute-se se tem eficácia (o “vale”, no texto, é expressão imprópria) como prova livre, isto é, elemento para as provas, como acontece à confissão extrajudicial feita a terceiro ou contida em testamento. A resposta é afirmativa, porque não se cogita, aí, de confissão, mas de fato que o juiz tem de apreciar (cf. Carlo Fumo, Confessione, Enciclopedia dei Diritto, VIII, 876).

Tem-se de considerar a confissão como meio especifico de prova; se a parte não pode confessar sobre o fato, o que ela disse pode ser apreciado como

comunicação de conhecimento sem se poder cogitar de confissão.

Através dos tempos, chegou-se à convicção de poder o homem atribuir eficácia típica à confissão. Partiu-se de que o confitente, conforme a experiência social e individual, depondo ou espontaneamente manifestando o que sabe sobre fatos, se o conteúdo do que diz prejudica os seus interesses e favorece a parte contrária, há mais fortes elementos para se receberem como verdadeiras as suas afirmações. De certo modo se dispensou o juiz da pesquisa da verdade dos fatos que se alegaram, que é a finalidade mais profunda do processo (Adolf Wach, Das Beweissystem, Vortrage uber die ReichscivilprozessOrdfluflg, 2aed., 199). Já não se precisa, de regra, procurar a verdade do fato ou dos fatos, pois novo meio de prova se produziu. Aí, a apreciação do que se afirmara ou negara sobre o fato ou os fatos (no passado, dito juízo de fato) chegou ao que se buscava, sem que isso faça terminar o processo, pois se tem de aplicar regra jurídica, ou de se aplicarem regras jurídicas (juízo de direito).

A divergência entre as partes cessou ou em parte cessou. A outra parte teve a confirmação do que afirmara, de modo explícito e pessoal (Oskar Btilow, tiber den Begriff des gerichtlichen Gestãndnisses, Archivfiir die civilistische Praxis, 88, 357 s.).

A confissão é uma das provas que o direito menciona e dela cogita para a sua apreciação e até mesmo para que, trânsita em julgado a sentença que nela se fundou, se possa propor, no prazo de dois anos, a ação rescisória da sentença (art. 485, VIII). E de grande relevância atender-se a que pode, dentre os pedidos do autor, ou do reconvinte, somente um ou três se terem baseado na confissão. Aí, apenas onde há laço entre a sentença e a confissão é que pode dar eficácia probatória à confissão. Por certo, pode o juiz ter julgado provado o fato por outro meio de prova e apenas aludir à confissão, sem nela fundamentar a solução sentencial.

Quanto ao objeto da confissão, é sempre fato jurídico, que há de prestar-se à decisão do mérito e desfavorável ao confitente. Há de ter tal relevância que influa a favor do interesse da parte contrária. Pode-se confessar fato jurídico ilícito, ato jurídico ilícito, ato-fato jurídico lícito ou ilícito, ato jurídico stricto sensu, ou qualquer negócio jurídico.

2. Partes ou pessoas equiparadas às partes Só partes ou pessoas equiparadas às

partes podem confessar. O

depoimento do terceiro interessado, confirmativo do que alegou a parte contrária, se esse terceiro não ésuscetível de ser condenado, ou de perder a demanda, é de testemunha, e não de parte ou pessoa equiparada à parte.

3. Depoimento pessoal e confissão À confissão espontânea permite-se mandato especial; como para todos os depoimentos para as confissões provocadas exige-se que sejam feitas pela parte, sem procurador. Se o procurador tem poderes especiais para confessar espontaneamente, pode confessar. Se não tem, não podia confessar: trairia o cliente. Se ojuiz ordena que se ouça a parte, e essa confessa, a qualquer tempo, houve confissão em depoimento pessoal, dita por provocação. i,Se ordena que seja ouvido o mandatário com poderes especiais? Se tem de confessar, há de apresentar a sua procuração. Os órgáos das pessoas jurídicas não são mandatários: não precisam usar procuração com poderes especiais, salvo regra estatutária explícita.

4. Só se confessa fato O reconhecimento pelo réu de que as afirmações jurídicas do autor são fundadas não é confissão. Nem no é a afirmação do autor de que as afirmações do réu são juridicamente infundadas. Só existe confissão de fato, e não de direito; o direito incide: está, portanto, fora de órbita da confissão. Ninguém confessa que o contrato é de mútuo ou de hipoteca; confessa fatos de que pode resultar tratar-se de mútuo ou de hipoteca. O direito atribui certo valor vinculativo, relativo, à confissão (ou absoluto, nos sistemas de prova legal, se assim se estatui), porque essa é sobre fatos. Quanto ao direito, o terem concordado, ocasionalmente, os litigantes sobre a lei a aplicar-se, ou sobre a vigência ou interpretação da lei, de nenhum modo liga o juiz, desde que o Estado fez passar à frente do interesse de pacificação das partes o de realização do direito objetivo. O

direito que o juiz vai aplicar é direito que incidiu (salvo nas sentenças constitutivas em que incidência e aplicação se aproximam no tempo). Direito que incidiu, e não se aplicou. Porque, quando o direito incidiu e se aplicou, a procura de juiz é supérflua, sem qualquer alcance, salvo se a parte quer, ainda assim, a declaração oficial da incidência para que se evitem inaplicações futuras (ação declarativa). Para o juiz há de ser indiferente que o réu concorde com os argumentos jurídicos do autor, se a regra, que o autor invocou, não incidiu; porque, então, ele, juiz, não tem força para aplicá-la. O Estado não lha deu. O

que o Estado lhe conferiu foi aplicar ao caso concreto a regra jurídica que incidiu. A decisão dele é a aplicação, suposta pelo Estado juridicamente exata, da regra jurídica que o autor invocou, ou que o réu entende ser a própria, ou que o juiz achou ser a que devia aplicar, por ter incidido.

Ainda alguns juristas notáveis confundem com a confissão a afirmação da existência ou inexistência de direito prejudicial ou de relação jurídica alegada pelo adversário. Por exemplo, Leo Rosenberg, Lehrbuch, ~a ed., 509.

O que o réu ou o autor confirma, se confessa, é a alegação sobre o suporte fáctico, e não sobre o fato jurídico, ou sobre efeito desse, como o

direito prejudicial ou a relação jurídica. Tanto que, se confessa quanto ao suporte fáctico a, ou sobre o suporte fáctico b, o juiz atribui ao fato jurídico, a que o suporte fáctico a ou b corresponde, os efeitos a, ou aa, ou b, ou bb, ainda que o confitente haja negado esses efeitos, ou algum deles, e não pode atribuir os efeitos c ou cc, ainda se lhos afirmou o confitente.)

Nenhuma questão de incidência ocorre na confissão; porque ela só se refere a fatos. Perguntar, por exemplo, à parte, que está a depor, se a lei que rege contrato é de se interpretar da maneira A ou da maneira B é incorreto, cai fora do campo da confissão. Não assim perguntar-se se, ao redigir-se o contrato, é certo que a parte adversa lhe “explicou” que os juros tinham de ser pagos adiantados. As partes confessam fatos; não normas jurídicas.

Ainda quando feita pelo procurador com poderes especiais, misturada com argumentação jurídica, a confissão tem de ser separada da fundamentação advocaticia, que talvez sirva à outra parte, e talvez não. Muitas vezes, o reconhecimento de afirmações jurídicas tem por fito exatamente o contrário da confissão, ganhar a causa o cliente do confirmante, porque, incidindo a regra legal que está invocada nas alegações do adversário ou com a interpretação que se lhe deu, a sentença seria favorável em vez de servir ao afirmante.

Art. 349. A confissão judicial pode ser espontânea ou provocada’). Da confissão espontânea, tanto que requerida pela parte, se lavrará o respectivo termo nos autos; a confissão provocada constará do depoimento pessoal prestado pela parte2).

Parágrafo único. A confissão espontânea pode ser feita pela própria parte, ou por mandatário com poderes especiais3).

1. Confissão judicial espontânea e provocada A provocação para confessar somente concerne à confissão judicial. Fora do processo não se provoca, posto que o interessado possa ter pedido ao talvez futuro réu que escreva a confissão ou que a faça em tabelionato. A espontaneidade pode ocorrer no processo e supõe-se ter sido sem qualquer sugestão do interessado. A confissão espontânea tem de ser requerida pela parte, ou pelo procurador com poderes especiais. A confissão provocada é regida como o éo depoimento pessoal em geral.

Daí ter de constar do depoimento prestado pela parte. Da confissão, que é dependente de requerimento, lavra-se nos autos o respectivo termo.

2. Inclusão nos autos Se a confissão é espontânea, teve o confitente de requerê-la, e lavra-se nos autos a declaração da parte, que aí pode haver outorgado poderes especiais a alguém. Se foi confissão provocada por algum figurante da relação jurídica processual, ou pelo juiz, trata-se de depoimento em que se insere a confissão. A parte pode confessar, ou não, e nenhuma pressão se lhe pode fazer. Na realidade, o conteúdo do depoimento é que se fez confissão, e as regras jurídicas dos arts. 348-354 regem a espécie além daqueles concementes ao depoimento em geral.

3.Poder especial para confessar O mandato basta para o ato de confissão espontânea em juízo, se traz poderes especiais para isso. Tais poderes especiais para confessar em juízo têm de dizer qual a demanda de que se trata, se já proposta, com as afirmações da parte adversa, ou qual o juízo e quais os pontos sobre que pode o mandatário confessar, sendo proposta, no futuro, alguma demanda. A outorga de poderes para confessar não exclui a possibilidade de comparecer a própria parte e fazê-lo por si; fazendo-o, revogados hão de entender-se os poderes que dera. O mandato é para a confissão; não para o depoimento. Tem de haver o termo de confissão, de que fala o art. 349, 2~ parte. Os órgãos das pessoas jurídicas podem confessar, de acordo com os seus estatutos. Não há mandato para a confissão que implique ou importe ato constitutivo, ou efeitos além do processo. A relação entre a parte e a pessoa que constitui o advogado, ou que presenta a parte e também advoga por ela, pode não ser de mandato, pois aí há presentação e não representação.

Frisemos que o próprio ato processual do órgão da pessoa jurídica, depondo, como órgáo, não é ato de representação, a fortiori, de mandato. O órgáo presenta, não representa (cf. Tratado de Direito Privado, Tomos 1, §§ 86, 5,97,111, § 308, 1, eX, § 1.069, 2, 1.071, 2, 6, e 1.079, 4).

A í a Turma do Supremo Tribunal Federal, a 31 de outubro de 1949 (O D., 63, 182: A. J., 93, 261), adotou o que dissemos: “O Código de Processo Civil de 1939 trata, no mesmo capítulo, do depoimento pessoal e da confissão. Daí a dúvida. Mas tenho por certo (relator, Ministro Luís Gaíloti) que, quando o art. 230 dispõe que será válida a confissão da parte ou de mandatário com poderes especiais, se refere, quanto a esta última hipótese, à confissão mediante petição, e não a que se faz em depoimento. Deixa-o ver o § 20 do mesmo art.

230, ao declarar que a confissão poderá ser feita por petição ou em depoimento. Pontes de Miranda é preciso e terminante. Ao comentar o art. 230, que faculta a confissão por mandatário com poderes especiais, afirma: “O

mandato é para confissão; não para o depoimento” (Comentários, II, 209, nota 3). e, apreciando o * 20 do mesmo art. 230, que admite a confissão por petição, ou em depoimento, declara: “A petição é para confissão por mandato especial; o depoimento pessoal é para as confissões feitas pela parte, sem procurador”.

Grave confusão entre depoimento de representante da empresa no lugar (às vezes se trata do órgáo, e não de representante) e confissão espontânea por outorga de poderes fez a 1a Câmara do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a 3 de dezembro de 1951.

Art. 350. A confissão judicialfaz prova2) contra o confitente’), não prejudicando, todavia, os litisconsortes.

Parágrafo único. Nas ações que versarem sobre bens imóveis ou direitos sobre imóveis alheios, a confissão de um cônjuge não valerá sem a do outro’).

1. Prova contra o confitente A confissão, quer judicial, quer extrajudicial, faz prova contra o confitente.

Todavia, não a tem contra os litisconsortes.’~5 O art. 350 só se referiu à confissão judicial, mas, se a parte fez confissão extrajudicial e ela aparece no

processo, também não atinge os litisconsortes, salvo se, perante o direito material, as pessoas que se litisconsorcíaram, necessariamente ou não, estavam vinculadas ao ato confessório extrajudicial. Tem-se de atender ao art. 48.

O conteúdo da confissão não é de direito material, mas sim de direito formal, extrínseco. Apenas se põe no processo declaração confessória, para se confirmar o que a outra parte alegou, e passa a ter-se como verdade.

Não se há de pensar em ato negocial, que constitua; é apenas declarativo. Mas, mesmo declarativo, como é, não se há de confundir com atos de reconhecimento, tal como acontece com o reconhecimento da filiação, no campo do direito material (errados, Paul Eltzbacher, Die Handlungsfãhigkeit, 164 e 200 s., Luigi Cosattini, II Riconoscimento delfiglio naturale, 68 s., e outros). Como ato jurídico stricto sensu é como temos de classificar, e sempre o fizemos (e. g., Tratado de Direito Privado, Tomo IX, § 963, 1). Trata-se de meio de prova, que provém de manifestação unilateral de conhecimento.

Pretendeu-se negar à confissão extrajudicial o ser meio de prova, por si, isto é, sem ser como um dos indícios (meio de prova indireto. Andreas von Tuhr, Der Aligemeine Teil, III, 248); e até sem qualquer eficácia probatória, por ter de demonstrar-se (Andreas Heusler, Die Grundlagen des Beweisrechtes, Archivfiir die civilistische Praxis, 62, 209; A. Wach, Das Gestãndnis, Archiv, 64, 216). A confissão extrajudicial é meio de prova; é oato jurídico stricto sensu; não faz a prova que a confissão judicial ordinariamente faz, porém a diferença não é tal que se tenha de excluir a confissão extrajudicial do rol dos meios de prova, para somente se atender a ela como indiciária. Resulta da própria experiência da vida que, de regra, oque se confessa é verdadeiro, posto que possam intervir circunstâncias subjetivas e objetivas, como a moral do confessador, a coação provável, o erro, o ardil usado pelo interessado ou por terceiro (circunstância objetiva). O direito brasileiro não reconhece o cont rato probatório que preexclua a reputação do fato confessado (cf. Oskar Bulow, Das Gestãndnisrecht, 181). 166

A confissão extrajudicial contém declaração de verdade (= enunciado de fato), como a confissão judicial. O

fato, que ela declara, pode ser negócio jurídico anterior, declaração de vontade, ou fato jurídico não-negocial. A sua eficácia é probatória; não, negocial. O negócio jurídico de reconhecimento é outra coisa. Os efeitos da confissão

extrajudicial são, portanto, independentes da vontade do confitente, ou da recepção, ou, a fortiori, da aceitação da outra pessoa, a quem aproveite. Nem é preciso, sequer, o animus confitendi.

A confissão extrajudicial é empregada, de ordinário, como documento, para se dar ao que tem algum direito, pretensão, ação, ou exceção, a prova daquele, ou de qualquer dessas. A sua eficácia é independente da vontade do que confessa, porque não se trata de negócio jurídico; pode ocorrer ainda que não lhe tenha querido os efeitos o confitente (Rudolf Pollak, Das gerichtliche Gestãndnis, 110 s.; H. Wittmaack, Das gerichtliche Gestãndnis, Archivfiir die civilistische Pra.xis, 88, 5 s.; Oskar Btilow, Das Gestãndnisrecht, 44; Leo Rosenberg, Stellvertretung im Prozess, 94). Ainda quando inserta em negócio jurídico unilateral, ou bilateral, não se há de pensar em manifestação unilateral de vontade, ou em consentimento. Nem é suscetível de condição ou termo. Tampouco, caberia no sistema jurídico brasileiro, o chamado "contrato probatório", ou negócio jurídico obstativo da refutação de alegação de alguém.

Tentou-se tirar do fato de se permitir a retratação ou anulação da confissão, em caso de erro, dolo, ou violência, argumento a favor da tese de ser a confissão negócio jurídico (e.g., Friedrich Stein, Das private Wissen des Richters, 91). Sem razão: o erro, mesmo nos negócios jurídicos, supõe enunciado de fato, que aí estaria à base da manifestação de vontade, e o seu campo próprio é, portanto, o de verba enuntiativa; dolo ou violência pode

166 Nem a ele se equipara a convenção quanto à inversão do ônus da prova (art. 333.

parág. único).

haver, indiferentemente, em negócios jurídicos e em atos jurídicos não-negociais, inclusive em atos possessórios. A limitação da retratabilidade é elemento conceptual da confissão; não seria meio de prova se fosse sempre possível a retratação.

Por influência de Mascardo, o direito anterior ao Código Civil de 1916 considerava a aceitação pela outra pessoa requisito da eficácia da confissão extrajudicial; pelo menos, para a sua irretratabilidade. As Ordenações Filipinas (Livro IV, Título 18) não permitiam tal ilação, pois figurava a hipótese de ser

feita na ausência da outra parte. Silvestre Gomes de Morais (Tractatus de Executioni bus, III, 18) disse que “confessio extraiudicialis, parte praesente facta, plene probat” porém a lição de Antônio da Gama, na decisão 366, n0 76, era diferente. “confessio facta absente parte, si fiat in instrumento, probationem inducit quoad confitentem tantummodo”; reafirmou-o Bento Pereira (Promptuarium Juridicum, 75). Manuel Gonçalves da Silva (Commentaria, II, 210 e 247) repetiu a concepção alienígena; em verdade, Manuel Mendes de Castro (Practica Lusitana, II, 136 s., 139) contentava-se com a presença de testemunhas. Eliminou-se, porém, no Código Civil de 1916, a exigência da presença do beneficiário, bem como toda recepção ou aceitação, e o Código de Processo Civil de 1939, art. 232, mostrou, claramente, que se repeliu a influência dos juristas estrangeiros. Com proveito para o sistema jurídico. O Código de 1973 nada disse; nem precisava dizê-lo. Já encontrou o conceito de confissão tal como a Ciência do Direito chegara a precisar.

2. Eficácia da confissão judicial A confissão tem o seu âmbito, os seus limites, que não coincidem com os limites do conjunto de todas as afirmações feitas pela parte contrária. O art. 350 conceme a um desses problemas. Ainda fora deles, as proporções da parte, que não afirmam nem negam, nem sempre constituem a recusa de que se trata no art. 343, §§ 1~ e 20. As vezes, nas expressões “Não quero discutir o caso”, “Seja o que Deus quiser”, “Fulano tem o direito de afirmar o que entender”, não está recusa, e sim, reafirmação geral do pedido ou da defesa. Cabe ao juiz, apreciando as circunstâncias do caso e o que podia haver de recusa a depor (coisa diferente de prestar-se a depor e estar de mau-humor, respondendo com indignação irônica), decidir se houve recusa, ou se não houve. Melhor será que ele mesmo, interrogando sobre as afirmações de per si e procurando tirar a parte do estado emocional em que talvez se ache, colha o julgamento de fato, que confirme ou negue as afirmações da parte adversa. Nada obsta a que, para se esclarecer, retome, mais tarde, o depoimento (arts. 130 e 342). As declarações de “confiar na prova produzida”, ou “na prova a produzir-se”, ou “no julgamento do juiz, sobre as prova”, ou de “não querer manifestar-se na primeira instância”, não constituem confissão; mas podem ser evasivas, com que o juiz, no cômputo das provas, complete o seu convencimento da verdade dos fatos (art. 345, onde aparece a expressão “evasivas”, que empregamos nos Comentários ao Código de 1939, III, 2~ ed., 369).

Quando o confitente afirma o que é (A) desfavorável a si mesmo e favorável ao

adversário e o que é (B) desfavorável ao adversário e favorável a si mesmo, não pode pretender que (B) seja admitido, sem mais exame; ou, pelo menos, que (A) somente valha se (B) valeu. Porque tal indivisibilidade absoluta da confissão, que faria incindível o todo útil-danoso, importaria em graves conseqüências. O que (B) produz é o que produz afirmação contrária. Os tratadistas procuram traçar normas para isso; mas verdade é que tudo depende do fato sobre o que versa (B). Se o confitente confessa o contrato e afirma a alteração, o ônus da prova da alteração, qualquer que seja, continua com o confitente. Mas é possível que (B) se refira a fato cuja prova, com a negação do confitente, incumba ao adversário.

Sempre que o elemento (B), in damnosis para o adversário, é extintivo ou impeditivo, ou contradireito, e ao confitente cabiam os ônus de alegar e provar, a confissão não é incindível porque a afirmação, aí, não é parte da confissão, ainda se mesclada com ela. O confitente confessou o que o adversário tinha de provar e afirmara; e afirmou o que incumbia afirmar e provar. Só afirmou. Por isso mesmo o ônus de provar persiste com ele; nem se compreenderia que passasse ao adversário: a esse, contestar ou não contestar, ou confessar, por sua vez. A afirmação do confitente não foi confissão. Somente é confissão o que se refere a afirmação da parte quando ao que a outra tinha de afirmar e provar. Para se saber o que é confissão e o que não é confissão no todo de um depoimento tem-se de separar o que entra no ônus de afirmar e provar do confitente, e isso não é confissão; e o que não entra nesse ônus, porque foi ao adversário que se incumbiu afirmar e provar, pois que só isso é confissão.

Ao tempo em que se confundia a confissão com todo do depoimento, o princípio da incindibilidade da confissão levava a soluções injustas. No fundo, era ao princípio da incindibilidade do depoimento que se recorna.

3. Cônjuge e confissão Entende o Código que, nas causas relativas a imóveis, a confissão de um cônjuge não é eficaz sem a do outro, a) i,Entendem-se marido e mulher meeiros? b) úOu o marido ou mulher que tem de assentir na lide sobre imóveis ou outro? Se a interpretação certa é a da afirmativa a b), a lei processual criou caso de litisconsórcio necessário, que não é de comunhão, ou de conexão ou de afinidade de questões. j,Isso, foi, realmente, o que o legislador fez? Não; havemos de ler o Código como em a). O cônjuge que apenas assente não pode confessar.Se o fato, de que resulta a pretensão ou a ação, só é pertinente a um dos cônjuges, como se foi ele que invadiu o terreno vizinho, ou foi ele que

edificou no terreno alheio, tem-se de admitir a confissão pelo infrator, ainda sem a do outro cônjuge, posto que hajam de ser observados os arts. 10 e 48 do Código de Processo Civil (2~ Turma do Supremo Tribunal Federal, 22 de agosto de 1950, R. dos T., 216, 550).

4. Eficácia da confissão e parte beneficiada Validade, não; eficácia: a eficácia objetiva e a atendibilidade. A outra parte pode atacar a confissão na sua validade, na sua eficácia objetiva e na sua atendibilidade; não, porém fazer-lhe ressalvas, como se dependesse dela a existência total ou parcial, o peso, ou a medida da confissão.

(Não vale a confissão feita pelo absolutamente incapaz: é nulo o ato jurídico stricto sensu). A confissão feita pelo procurador sem poder especial para confessar é ineficaz; pode dar-se a ratificação, pós-eficacizando-se. É

preciso não se baralharem os conceitos. Se o marido confessa a respeito de bens comuns, ineficazmente confessou, no que se refere à mulher; se a mulher só assentiu no que tocava ao marido, vale e é eficaz a confissão do marido, mas falta o consentimento da mulher no que lhe toca. Cf. art. 350, parágrafo único.

Art. 351. Não vale como confissão2) a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis’).

1. Direitos indisponíveis A indisponibilidade de que, no art. 351, se fala é qualquer uma: legal ou negocial. É

preciso, porém, que a negocial tenha eficácia erga otnnes. Assim, por exemplo, não basta que em pré-contrato por instrumento público ou particular e sem registro para que se tenha por indisponível o bem ou qualquer direito sobre o qual a parte foi provocada à confissão ou espontaneamente quis confessar. Se o bem proveio de sucessão a causa de morte e consta do inventário e partilha, ou, ainda, só do inventário, o bem herdado com cláusula de indisponibilidade, quanto a direito a ele não pode haver confissão. Se foi havido por declaração unilateral de vontade (e.g., promessa de recompensa, ou sorteio), da qual constou a cláusula de indisponibilidade, é nenhuma a confissão que foi feita. (No art. 351 fala-se de não valer, verbis “não vale como confissão”, mas a expressão é imprópria. Trata-se de ineficácia da comunicação de conhecimento, o que *167*

Vd.

o

art.

10,

capur.

daria ensejo a ação declarativa, e não desconstitutiva. Aliter, as do art. 352 e parágrafo único.) 2. Indisponibilidade do direito e comunicação de conhecimento As questões que se suscitam no processo civil podem ser a respeito de direitos que, saibam ou não o saibam as partes, sejam indisponíveis. A indisponibilidade pode ser discutida; e discutida, de ordinário, é a relação jurídica que supóe a disponibilidade.

Se a parte confessa o fato, que atingiria tal direito, de modo nenhum se há de acolher a eficácia confessória da comunicação de conhecimento, que fez a parte. Pode ser recebida como depoimento e servir à prova do fato, porém não como confissão. Quem confessa apaga o contraste entre as partes, porque disse o que lhe édesfavorável e favorável à outra parte (T. Brackenhoi, Beitrãge zur Lehre von Gestandnis im Civilprozess, Archivfiir die civilistische Praxis, 20, 270 s.). Se o direito, a que se refere a lide, ou um dos direitos a que ela se refere, é indisponível, não se poderia dar à comunicação de conhecimento a eficácia de fazer disponível o que não é, ou, afortiori, a confirmar a disposição. Se a declaração de conhecimento mostra que a parte dispusera do que não podia dispor, confessou a ilicitude, razão por que, em tal caso, e noutros casos, pode o juiz aproveitar-se da comunicação para apontar o que houve de ilícito no ato dispositivo. Ai, não se atinge o direito disponível; mostra-se que se quis dispor do que não podia ser alienado, ou extinguido. O que se declarou é apreciado como prova livre: não houve confissão.

Art. 352. A confissão, quando emanar de erro’), dolo ou coação2), pode ser revogada: 1 por ação anulatória3), se pendente o processo em que foi feita5); II por ação rescisória4), depois de transitada em julgado a sentença, da qual constituir o único fundamento. Parágrafo único. cabe ao confitente o direito de propor a ação, nos casos de que trata este artigo; mas, uma vez iniciada, passa

aos seus herdeiros6).

1. Erro na confissão O erro, de que se trata, é qualquer erro sobre a verdade do fato confessado, inclusive a crença de que a parte adversa, afirmadora dos fatos, tem provas irrefutáveis, posto que falsas, do que alegou, e não valia a pena demorar o processo. Aqui, o fundamento do erro se mistura com a culpa da outra parte. Se a confissão foi prestada por procurador, esse somente pode invocar a desculpa do seu erro, provando que ele, e não a parte, foi culpado. Fora daí, é à parte que toca provar o seu erro, ao dar as instruções como foram dadas.

Não basta a falta de verdade dos fatos confessados. E preciso que se verifiquem a falta de verdade objetiva e o erro causal subjetivo. Se os fatos não se passaram, ou foram diferentes do que expôs, a seu proveito, o afirmante, sem ter havido erro subjetivo, a confissão permanece. Também se houve erro e os fatos são verdadeiros. A confissão conscientemente falsa (falso subjetivo mais fatos verdadeiros) é caso de culpa processual, com as consequências voltadas para o próprio confitente. Daí não se tire que a confissão é negócio jurídico, e nisso convém que juizes e advogados prestem a máxima atenção. Não atua quando se retira a fatos inverossímeis ou notórios para os afirmar ou negar, o que não aconteceria se fosse negócio jurídico.

Naturalmente, a confissão sobre fato próprio dificilmente poderia ser confissão por erro; mas é possível, e.g., se o confitente veio a saber que estava sob sugestão ou veio a conhecer que não praticou o ato que disse haver praticado, ou que praticou o ato que disse não haver praticado.

2.Dolo ou violência sofrida pelo confitente A decretação de invalidade da confissão por erro, violência ou dolo, entendidos segundo os conceitos e princípios gerais, somente pode ser pedida em ação direta. O dolo acidental, aquele em que a pessoa confessaria, ainda se não tivesse havido, não basta. A violência é o que se define no direito material: a coação para obter manifestação de vontade ou de conhecimento ou sentimento.

Pode ser à própria pessoa, à sua família, ou aos seus bens, dano igual, pelo menos, ao ato extorquível.

Dolo é a direção da vontade para contrariar a direito. No suporte fáctico estão o ato, positivo ou negativo, a contrariedade a direito e a direção da vontade que

liga aquele a essa. Não só o agente atua e contraria a direito: quer que o ato contrarie a direito; ou quer contrariar a direito, e atua para isso. Sabe que o ato (ou omissão) contraria a sua promessa, viola o direito, a pretensão, a ação, ou exceção de seu credor, e pratica-o para contrariar a direito. A lei veda-lhe algum ato, ou omissão, e quer violá-la, praticandO-os ou omitindo. Não é preciso que o agente queira as consequências do ato, ainda que sejam próprias desse. Nem que as preveja. Basta querer o ato contrário a direito.

Quando se trata de ato imoral, e não de ato contrário a direito, a contrariedade à moral não basta. É esse um ponto em que se há de prestar a máxima atenção. O direito não recebe o ato imoral como ato contrário a direito; se o recebesse, não precisaria do conceito de ato imoral. Alude a ele, que está noutro plano; não o traz ao mundo jurídico. Daí ser preciso que, além de imoral o ato, o agente haja querido o dano; o agente não tem de reparar o dano, quando se exige dolo, se sabia imoral o ato, porém ignorava as consequências danosas do seu ato, ou omissão (Richard Weyl, System der Verschuldensbegriffe, 400). Isso mostra e atende a que o conceito de imoral continua conceito ético; e o plano jurídico vê o ato imoral e prevê as suas conseqílências, no plano jurídico.

No art. 352 fala-se de ação anulatória. A confissão, quer judicial, quer extrajudicial, está sujeita a ser-lhe decretada, em ação própria, a anulação; se já fora proferida a sentença e transitara em julgado, a ser proposta a ação de rescisão da sentença. Surge a questão da propositura entre a sentença e o trânsito em julgado, mas, aí, não havendo mais meio para se obter a anulação, o que se há de esperar é o trânsito em julgado, do qual começa o prazo preclusívo para a propositura.

Não se diga que a “carência de ação”(art. 301, X), é sempre matéria estranha ao mérito. Ou a “ação” que falta ao autor é a ação de direito processual, portanto exercício de remédio jurídico processual que não podia ocorrer, ou a falta é de ação, no sentido do direito material, e então a “carência de ação” se trata como a carência de ação, de pretensão ou de direito, e, pois, matéria de mérito. Pergunta-se: 6tem de ser posta antes do exame do mérito a alegação de carência de ação processual? A resposta há de ser afirmativa. Se falta a pretensão à tutela jurídica, ou a ação de direito material, já se está no plano do mérito, mas havemos de entender que, se só falta a ação de direito material, não se há de decidir quanto à pretensão e ao direito. Na verdade, já se está na apreciação do mérito, porque ação de direito material existe ou não existe, e o que se decide é mérito, posto

que se não vá até o fim. A prescrição da ação de direito material é falta (carência) eficacial da ação.

3. Desconstituição da confissão Existe o princípio da irrevogabilidade da confissão. A expressão “revogada”, que aparece no art. 352, bem como noutros Códigos estrangeiros, é errônea. Dever-se-ia falar de invalidação, de ação de anulação. Não há a retirada da vox; o que acontece é que o erro, o dolo ou a coação deu causa à anulabilidade por ação de invalidade do ato confessório, ou por ação rescisória da sentença, que em tal confissão se fundou, quer tenha sido o único, ou um dos fundamentos. Sempre chamáramos atenção para esse senão de terminologia e a mesma exprobração aparece em livros estrangeiros (e. g., recentemente. V. Panuccio, La Confessione stragiudiziale, 31 s.). A confissão é definida no art. 348 como declaração da “verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário”, e não como declaração de vontade, que se pudesse revogar. A parte quis confessar, mas a confissão é de conteúdo de comunicação de fato, de conhecimento, e não de vontade. Pode ter ocorrido que ela quis confessar, mas errou, por ter tido como verdade o que não era. Ou que ela quis confessar e houve dolo, que a levou a isso. Ou que ela, sob violência, declarou o que não queria declarar: houve manifestação de vontade, mas atingida pela regra jurídica de invalidade, e o que se busca não é a retirada da vox, mas sim a anulação de todo o ato, ou a rescisão da sentença que se fundou em tal ato. No art.

352, 1, fala-se de ação anulatória; no art. 352, II, de ação rescisória da sentença. Adiante, art. 485. Seria absurdo que se tivesse como declaração de verdade o que se transmitiu, se comunicou, com erro, dolo, ou coação.

4. Ação rescisória de confissão O pressuposto para se poder propor a ação rescisória da sentença trânsita em julgado é o de constituir o único fundamento para que o juiz decidisse como decidiu. No art. 485, VIII, cogita-se da ação rescisória de sentença com fundamento em confissão. O art. 352 atendeu a que não se poderia cogitar de ação de invalidade por erro, ou coação, se já transitara em julgado a sentença. O vício há de ser um dos que se apontam no art. 352. Chegamos, hoje, à convicção de que o legislador de hoje, como o anterior, atendeu a que a ação de anulação vem de fora contra ato regido pelo direito material e que vai ser conhecida e julgada sem ser no processo. Sentença e eficácia, aí, vêm de fora, desconstituindo o ato do confitente, tal como ocorreria se não se tratasse de confissão em juízo. Têm-se de considerar idênticas a ação

de anulação da confissão judicial e a da confissão extrajudicial (arts. 348 e 353). Com tal interpretação, que passamos a reputar como certa, temos de admitir a punição conforme os princípios de direito material, como a preclusão da ação rescisória é regida pelo direito processual.

Se foi proposta a ação de anulação da confissão e, antes de ter a sentença, o juiz julga a ação em que houve a confissão, o retardamento na ação anulatória é prejudicial ao confitente, porque não se poderia, fora de ação de rescisão de sentença, desconstituir-se o julgado. A solução épropor-se ação rescisória.

Esse erro de direito não serve para a decretação de invalidade porque as questões de direito estão entregues, pela criação da relação jurídica processual, ao juiz. Existe a questão de Amold Vinnius: se o que confessou dever, com erro de direito, se prendeu. Mas é falsa questão: trocou-se a expressão “reconhecimento” (da dívida) pela outra, “confissão”.

5. Anulação A lei exigiu a ação anulatória, se pendente a lide. Portanto, fora do processo da ação em que se pôs a confissão judicial ou extrajudicial. No início do art. 352 falou-se de “ser revogada”. Ora, aí há erro de terminologia: anulação não é revogação, quem pode revogar retira a voz, não anula.

6.Sucessão No sistema do Código, é o confitente que tem de propor a ação de anulação ou a de rescisão da sentença. O sucessor entre vivos ou a causa de morte, não. Se há sucessão, qualquer que seja, na posição processual, o sucessor, mesmo entre vivos, pode continuar na ação proposta para a anulação ou para rescisão da sentença. Se entre vivos, o confitente continua na causa, sendo o sucessor litisconsorte.

Art. 353. A confissão extrajudicial2), feita por escrito àparte ou a quem a represente, tem a mesma eficácia3) probatória’) dajudicial;feita a terceiro, ou contida em testamento, será livremente apreciada pelo juiz.

Parágrafo único. Todavia, quando feita verbalmente, só terá eficácia nos casos em que a lei não exija prova literal4).

1. Direito material A confissão extrajudicial tem, feita por escrito, a eficácia da confissão judicial. Os pressupostos materiais e formais da confissão extrajudicial são os pressupostos exigidos ao ato jurídico que se quer provar. Nada têm com o

direito processual. Se se junta aos autos confissão extrajudicial, em verdade só se junta documento cujo valor probatório depende do direito material.

2.Confissão extrajudicial Acertadamente, o art. 353 cogitou da confissão extrajudicial, para tratamento igual, com a limitação do art. 353, infine, e a do parágrafo único. O que distingue as duas espécies é o fato de uma ser feita como ato processual, e a outra fora do juízo. As regras jurídicas dos arts. 350, parágrafo único, 351 e 352, parágrafo único, são invocáveis.

Feita por escrito à parte ou a quem a represente, ou presente, tem a mesma eficácia probatória da confissão judicial. “Escrito” ai, está por lavrado com a mão, e não com datilografia. Todavia, nos casos em que se permite a escritura pública ao incapaz de escrever, mesmo se o seja no momento (e. g., a mão está engessada), tem-se de tratar tal confissão como a confissão escrita. A limitação consta do art. 353, parágrafo único.

3.Valor probatório A confissão judicial, ou a extrajudicial, que leva a juízo, tem valor probatório que depende da pessoa que a fez, e das circunstâncias em que foi feita. Enquanto não for desconstituida (não se diga

“revogada”, porque não há manifestação de vontade, pelo menos preponderantemente, mas verba enuntiativa), tem a sua eficácia. Judicial pode ser anulada por erro, até o julgamento definitivo da causa (art. 352, 1), ou ação rescisória de sentença (art. 352, II); extrajudicial, por esse meio, ou em ação autônoma (de invalidade ou rescisória de sentença). Se obtida por dolo, ou violência, quer se trate de confissão judicial, quer de confissão extrajudicial por ação autônoma, mas à judicial também se decreta invalidade, pendente processo. Advirta-se em que quem “retrata” também retira voz, mas ai a voz é elemento inferior.

Alguns juristas tiveram a confissão extrajudicial como negócio jurídico, por ser declaração de vontade. Outros, como Oskar Bulow (Das Gestãndnisrecht, 175 s.), posto que nela vissem declaração de vontade (devido à concepção búlowiana do negócio jurídico), a excluiam da classe dos negócios jurídicos (antes dele, Eduard Hólder, Uber Resolutivbedingungen und Endtermine, Kritische Vierteljahrsschrli, 18, 180): em vez de, como os negócios jurídicos, criar normas, a confissão extrajudicial (argumentavam) nenhuma finalidade normativa possui. Outros malbarataram tempo em frisar que só se confessa, com interesse prático e

proveito, se há incerteza; sem advertirem em que tal indagação em nada contribuiria para se aclarar a natureza da confissão extrajudicial: meio de prova, tanto importaria que provasse o certo quanto duvidoso. Tal pesquisa logo se demonstrou inútil. A concepção da confissão extrajudicial como negócio jurídico ainda teve defensores em Julius Siegel (Die privatrechtlichen Funktionen der Urkunde, Archiv far die civil istische Praxis, 111, 70) e J.

Trutter (tiber prozessualische Rechtsgeschãie, 375); na Itália, Gino Gorla (L ‘Asse gnazione giudiziale dei credit, 42), M. Giorgianni (II Negozio d ‘accertamento, 162) e outros. Concepção, essa, definitivamente superada, que se fundou em grave confusão entre a confissão extrajudicial e o negócio jurídico declaratório ou recognoscitivo unilateral.

4. Confissão verbal Se a confissão foi apenas falada ou mesmo por sinais em caso de mudez, somente tem eficácia probatória se algum texto de lei Iha atribui. Em juízo, observadas as exigências do direito processual civil, tem a eficácia probatória comum, porque é confissão judicial.

Art. 354. A confissão’) é, de regra, indivisível2), não podendo a parte, que a quiser invocar como prova, aceitá-

la no tópico que a beneficiar e rejeitá-la no que lhe for desfavorável. Cindirse-á4), todavia, quando o confitente lhe aduzir fatos novos, suscetíveis de constituir fundamento de defesa de direito niaterial ou de reconvenção3).

1. Indivisibilidade e confissão Alguns fatos que são afirmados nas demandas apresentam provas de caráter tão especial que se extremam de todos os outros, ou pela indiscutibilidade de fonte objetiva, obrigando a serem tidos por certos, ou pela confirmação por parte de quem teria o maior interesse em negá-los. Aqueles são os fatos notórios; esses, os fatos confessados. Confissão é a afirmação de fatos que a parte adversa expendeu a seu favor. Portanto, enunciado da verdade daqueles fatos, afirmados, em seu próprio proveito, pela parte adversa.

Duas afirmações, pelo menos, concordam, e uma delas parte de quem teria interesse em negá-los. De qualquer modo, cna eficácia objetiva e atendibilidade pelo simples fato da inversão da negação, que se esperava, em afirmação de afirmação. Ainda nos sistemas de direito processual, em que ao juiz é dado

apreciar livremente a prova, o serem concordes as afirmações de duas partes entre si contrárias constitui limite ao poder do juiz, que fica, se bem que relativamente, no dever de levar em conta o depoimento confirmador da pessoa de quem se esperavam negação e prova contrária.

(a)Se o Estado se desinteressasse pelas consequências da confissão não correspondente à verdade, e em muitas épocas se desinteressou, teria o legislador de adotar solução de ser obrigatória para o juiz, com o peso e a medida legais que a ela atribuisse o sistema legal de provas. (b) Nas épocas de meio-termo entre esse excesso, oriundo de principio dispositivo do processo, que éo laissez aller aplicado à distribuição da justiça, e o excesso oposto, que é o do principio inquisitorial, marcam-se certos pontos que sirvam de referência ao juiz, sem o obrigarem a aceitar sempre, contra a sua convicção íntima, a confissão. (c) Nas épocas de processo inquisitorial, mais ou menos disfarçadamente, se dá ao juiz o poder de julgar, a seu talante, das confissões que ocorram, adotado, sem mitigações, o principio do livre convencimento. Esse último caminho é de graves resultados, sempre que falhar a divisão de poderes e a independência do Poder Judiciário, tal como se passou ao tempo de todas as inquisições asiáticas e européias. Corta-se a distinção entre processo penal, em que, aliás, a terceira solução é a favor do réu confesso, sendo acusador a sociedade, e o processo civil, em que o Estado como tal, não é parte, é só juiz, ainda que de si mesmo como pessoa jurídica, sujeito de relações jurídicas subordináveis à jurisdição civil.

A cultura humana, devido ao surto da crítica científica, através das ciências físicas e naturais e do direito, obrigou os juizes dos povos que mantinham a solução (a) ou (c) a escorregar para o meio-termo. Nos países cuja legislação imponha (a), surgiu a permanência de abrirem-se exceções para as causas de nulidade de casamento, impugnação de legitimidade (ações negativas da filiação, ou defesa nas ações positivas), interdições, etc. Naqueles cuja legislação imponha (c), a de apontarem-se casos (minoração casuística), ou introduzirem-se regras doutrinárias (minoração por interpretação de leis ou criadoras de direito jurisdicional) em que o livre convencimento tem de ceder ao valor da confissão.

2.Adições e limitações Cumpre que se não confundam com a confissão as adições ou limitações. Mas há adições limitativas, ou ressalvas, que qualificam a confissão. As adições podem ser: a) simplesmente esclarecedoras, sem efeitos jurídicos (“Posso imaginar o prazer que você vai ter ao saber que fiz essa

confissão"); b) ou ressalvante, como se depois de admitir um, ou alguns, ou todos os fatos, ressalva a efícacia objetiva da confissão, afirmando fato que o restringe ou os restringe, em quantidade ou qualidade. ("Recebi os cruzeiros de que A fala, porém ele já me devia tantos mil"; "Recebi a casa de A a 2 de janeiro, mas sem ser locatário, só a titulo de amizade, embora eu lhe pagasse luz, gás e impostos"); c) ou afirmativas de exceção ("Recebi tantos mil cruzeiros, devia pagá-los a 2, porém obtive moratória de ano"); d) excludente do fato jurídico ("Comprei a A um relogio por três mil cruzeiros, todavia não era este"). Nos processos em que se ponha por principio a indivisibilidade da confissão (Código Civil francês, art. 1.356; direitos português, luso-brasileiro, brasileiro anterior a 1939), as questões teriam de ser resolvidas diante de regras jurídicas concementes ao divisível e ao indivisível. Com o Código de 1939, teve-se de perguntar: i,o princípio

"Confessio qualifica, continens, conexas, non est dividenda, sed vel tota accipienda vel tota reicienda" foi posto de lado? Analisemos o problema, no passado, para depois comentarmos o art. 354 do Código de 1973.

A confissão qualificada, contraposta pelos glosadores à confissão pura, supõe que algum fato ou alguns fatos favoráveis ao confitente cortem ou restrinjam a confissão. A respeito dessa confissão, formulou-se a regra jurídica Confessio qualificata non est dividenda, sed vel tota reicienda, vel tota acceptanda. É verdadeira? G.

W. Wetzell (System, 3~ ed., 174) achava-a inadequada, porque, na parte negativa, não há confissão. Os antipatizantes dela reeditaram, cada um a seu modo, essa crítica. Para nós, o que eles diziam mais feria o conceito de confissão qualificada do que a regra. É da exploração do conteúdo do conceito que temos de partir. Se a parte cortante ou restringente pertence ao campo das afirmações e ônus de prova que incumbem ao adversário, (a) há confissão qualificada. Se a parte cortante ou restringente pertence ao campo das afirmações do confitente, (b) não há confissão nessa parte; há afirmação. Portanto, tudo está em se partir de exato conhecimento do ônus de afirmar e de provar. A glosa encambulhava todos os casos e falava de confissão qualificada ainda se ocorria (b). Daí falar da cindibilidade in exceptione pacti et similibus quod si quis confiteatur se debere, sed dicitfactum pactum de non petendo, quod nisi probet pactuni, condemnatur.

Assim, ou confissão qualificada é só a confissão constante ou restrita no caso

(a), ou a regra Confessio quahficata non est dividenda, sed vel tota

reicienda, vel tota acceptanda, é falsa. A essa clareza lógica não podiam chegar Bártolo de Saxoferrato, com a distinção entre capitula connexa e capitula diversa, nem Baldo de Ubaldis, com o conceito de confessio duplex, que seria cindível. Ambos não percebiam que primeiro se havia de saber o que é confissão, para depois se falar de confissão qualificada. Todavia, os glosadores, não tendo formulado a regra da incindibilidade da confissão qualificada, erravam no conceito, e não na regra, que não existia. Eles nunca disseram que a confissão qualificada é incindivel. Com o conceito (b) de confissão qualificada, tinham de miudear os casos de confissão qualificada cindivel e os de confissão qualificada incindível. Quando, muito mais tarde, se formulou a regra, tinha-se de fixar o conceito de acordo com (a): ou correr-se o risco de nem sempre ser certa a regra. Ou se corrigiria o conceito, ou se renunciaria à regra. Fora dai, era discutir sem porta de saida. Ou se adota o conceito largo, bartolino, de confissão qualificada, ou só se fala de confissão qualificada se a parte do depoimento que corta ou restringe a conclusão também entra na definição de confissão, isto é, se é logicamente conexa ao elemento útil ao adversário. Se se adota o conceito bartolino, a regra da incindibilidade é falsa; é sempre verdadeira, se se assenta o segundo conceito. Ali, pode haver capitula diversa; aqui, não, e incindibilidade éapenas qualidade da confissão como “unidade”. Se o réu confessa e alega a exceptio non adimpleti contractus, ou a non rite adimpleti contractus, o autor não pode pretender que ojuiz acolha a confissão e o dispense de provar a improcedência da exceção (afirmar e provar o adimplemento). Os autores que vêem nisso aplicação da regra da incindibilidade da confissão erram palmarmente. Porque a alegação do réu cabia no ônus de afirmar do réu, porém não no ônus de provar. O autor tem a seu favor a confissão, e a parte sobre a exceptio é da espécie (b).

Se assinei o contrato de edição da 2a edição do livro A, a x “cada” volume, e o editor exige, depois, que lhe ponha notas, sem que o contrato se tenha referido a elas, e confesso que as notas foram assunto do contrato, mas matéria de volume suplementar, a confissão é incindível. Há confissão qualificada, no sentido restrito, não bartolino; portanto, cabe a regra.

Se o depoimento admite o contrato mas objeta que há condição, ou termo, a questão toma-se uma das mais renhidas dos nossos tempos, propugnando uns pela diversidade dos capitula (contrato condicional ou a termo é outro contrato

que o contrato puro), outros por ser o mesmo contrato (o termo ou a condição apenas o qualificam), outros, ainda, recorrendo àconstrução de tais cortes ou de tais restrições como exceções, ou de união de dois negócios (jum perfeito e outro acessório!). Tudo isso dificulta, em vez de simplificar. A confissão é o que resulta do todo afirmado. O confitente não se dispensa de provar a condição ou o termo, confessando o contrato; tampouco, o seu adversário, a quem incumbe provar o contrato, se dispensaria de provar ser puro e simples tal contrato... porque o confitente o confessou como condicional ou a termo. Faça-se o mesmo raciocínio quanto ao lugar da execução. Diferente é o caso do negócio posterior, que dilata o termo ou altera a condição. Porque ai não há confissão qualificada: há confissão e afirmação à parte. O ônus da prova cabe ao depoente.

A regra da incindibilidade é, pois, tautologia: (1) a confissão, pura ou qualificada, somente atua no que se confessou, e no que se confessou não se pode partir; (2) a confissão qualificada não é a confissão mais o que a corta ou restringe: é só o confessado, o que o confitente prova, em vez daquele a quem incumbia provar; (3) no que a A afirmou e tinha de provar e B confessou, tem-se prova feita por B, em vez de A; mas o que B cortou e restringiu ou (a) foi negação de B à afirmação de A, a ser provada por A, e A continua com o ônus da prova nesse ponto, ou (b) o que B cortou ou restringiu foi afirmação de B que lhe incumbe provar e a A aproveita a confissão (e não isso), ou (c) foi afirmação de B cuja prova incumbe a A e A tem de provar. O elemento de confissão está separado, em virtude mesmo do seu conceito.

No art. 354 falou-se de ser, “de regra”, indivisível a confissão, de modo que, querendo invocá-la como prova, não pode a outra parte aceitá-la no que a beneficia e rejeitá-la no que lhe é desfavorável. O que acima expusemos serve-nos para conceituar a incindibilidade e para se admitirem cisões. No final do art. 354

obviamente se faz referência ao que o confitente pode aduzir de fatos novos, que sejam conteúdo da defesa ou da sua petição na reconvenção.

3. Fatos e circunstâncias A confissão tem de ser referente a fatos e circunstâncias, constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes (art. 131). No estado atual da cultura ocidental, ainda nos povos em que a evolução legislativa era mais emperrada, já as justiças possuiam a regra jurídica, em forma doutrinária ou tipicamentejurisprudencial, como subsumida em princípio geral

de direito processual, de acordo com a tendência àsolução (b), acima referida, à nota 1). Por isso, já se entendia que nas ações de nulidade de casamento, a confissão da impotência não atuaria, havendo filhos, ou outros elementos de convicção contrária.

Mais: a confissão do adultério, para não aceder aos desejos do marido de obter a separação e inimizá-lo com o cunhado, foi tida como sem valor. A jurisprudência brasileira repelia confissões em matéria de nulidade de casamento (Tribunal de Justiça de São Paulo, 21 de agosto de 1913, R. dos T., 7, 349; Minas Gerais, 2 de fevereiro de 1918, R. F., 29, 348); permitindo-a nas separações (Corte de Apelação do Distrito Federal, 23 de março de 1923, R. dos D., 74, 229). Forremo-nos, porém, de receber qualquer dessas afirmações como absolutas. Ainda nas demandas de nulidade de casamento, de filiação etc., a confissão pode concorrer para determinação do convencimento do juiz. Interessado na realização do direito objetivo, o Estado, se se empenha pela não-desconstituição de casamento válido, desinteressa-se da sorte de casamento nulo ou anulável se a convalidação não resulta de política do seu direito objetivo. A confissão de causa de convalidação do casamento, se esse está em tal intuito legislativo cabe, e é atendível.

4.Cisão e elementos confessórios e assertórios Se a outra parte contesta a verdade de fato, ou de fatos, que são objeto da confissão, está riscada a eficácia probatória e típica da contestação. Não mais pode invocá-la como prova, posto que do que dissera o confitente possa o juiz utilizar-se para o fundamento de alguma parte da sentença, ou de toda a sentença. Se o confitente se refere, na confissão, a fatos novos, que podem constituir fundamento para a sua defesa na ação, ou para as suas alegações na reconvenção, tem-se de separar o que declarou a mais, uma vez que ai está cindida a sua comunicação de conhecimento assertório, e não confessório.

Trata-se de duas eficácias, uma das quais, a assertória, favorável ao declarante, porque são conforme a espécie de novos fatos, que podem ser impeditivos, modificativos ou extintivos. Demos exemplo: confessou a dívida, mas aduziu que depositara no banco a quantia e o credor fora avisado, não tendo ido receber, nem feito transferir para a conta; confessou que lhe entregara o autor da ação ações ao portador, ou endossadas, de determinada empresa, mas as ações tinham tido substituição dos títulos, por estarem perdidas; confessou que recebera do autor a fazenda, devendo pagar-lhe percentual dos frutos, porém ocorreram

grandes chuvas que os destruiram. O juiz, diante da contestação da outra parte, tem de apreciar as declarações pro se e contra, conforme as circunstâncias.

Seção IV

Da Exibição 1) de Documento ou Coisa 2)

1.Documento ou coisa e exibição Quando as partes recorrem a um papel escrito, ou em que se expressa pensamento, por meio de sinais, para provar fatos, diz-se que o fazem por documento. Mas é preciso que o pensamento expresso prove a afirmação de alguma das partes que o produziram e que não seja prova circunstancial ou indiciária. O instrumento de alguém éprova, porém não prova documental, no sentido do Código de Processo Civil. Tem de estar em causa o conteúdo intelectual do documento para que seja documento no sentido dos arts. 355-363. Fora daí, é coisa. As coisas é que se apreciam só em suas situações materiais. A inspeção ocular (espécie de inspeção sensorial), que tanto se exerce a respeito de escritos e de instrumentos públicos, é insuficiente para qualquer convicção do juiz quanto a conteúdos intelectuais. Se ele compara o documento de contrato de locação (a), que foi incluído na petição inicial da ação de despejo, a assinatura do recibo do aluguel que o réu juntou à contestação (b) e a assinatura do autor no depoimento pessoal (c), termos que: (a) é documento no sentido dos arts. 359-361 e tem de ser apreciado intelectualmente, sendo acidental o exame a que procede o juiz; (b) é documento, que vai provar, no plano dos conteúdos intelectuais, o recebimento do aluguel na data do recibo mesmo, mas também coisa, para a prova pela inspeção ocular, talvez pericial, da autenticidade ou falsidade de (a); e (c) só é coisa e, noutro plano, prova depoencial.

A coisa pode ser exibida como material de prova para inspeção sensorial pelo juiz ou para exame pericial.

2.Exame do documento ou da coisa O exame do documento, ou da coisa, ou se dá pela exibição no juízo, ou no lugar em que se acha, ou em que deva ser depositado. Quando a apresentação do documento, ou da coisa, ofereça riscos, ou não se possa dar, como se, tratando-se de ladrilhos, foram embutidos na parede, ou se o documento ficou colado à gaveta ou ao escaninho de um cofre, o juiz tem de se deslocar até lá, em diligência, ou depreciar ou rogar a outro juiz que o faça, se a coisa ou o documento está fora da jurisdição.

A rt. 355. O juiz4) pode ordenar’) que a parte exiba2) documento ou coisa3), que se ache em seu poder5).

1. Legitimação ativa É legitimado ativamente para requerer a exibição de documento ou coisa, que se ache em poder da parte adversa (ou da parte litisconsorte ou co-interessada, ou terceiro, arts. 360 e 361) o interessado na demanda judicial, que tiver de produzir prova. Portanto, não só o autor ou o réu na ação. Além desse pressuposto de interessado na demanda, existe o de interesse na exibição, que se aprecia a posteriori. Interesse, entenda-se, que é ligado ao que tem na causa, porém, que, no desenvolvimento do processo, pode ter tomado direção especial que antes não tinha (e. g., diante de certas afirmações das outras partes, ou interessados, suscetíveis de provocar diminuição da eficácia objetiva ou da atendibilidade de algum motivo probatório). De modo que nenhum desses interesses se circunscreve, hoje, ao interesse pecuniário, ou mesmo, em geral, econômico. Seja como for, tratando-se de exibição para a prova~como a de que se cogita nos arts. 355-363, o interesse na exibição deve subsumírse ou conectar-se com o interesse do requerente na causa. Porque A éinteressado na causa não se segue que tenha interesse na exibição de documentos (ou de coisas) que nada provaria pró ou contra as suas afirmações, nem diminuiria a eficácia objetiva ou a atendibilidade das suas provas. Nem o interesse que adviria a A da exibição incidente do documento ou da coisa (e.g., saber se, noutro pleito, convém pedir a exibição), sem que, na demanda de que se trata, a exibição lhe sirva, basta para que o juiz ordene a exibição. Cf. arts. 381, 382, 844 e 845.

2. Exibição de coisa, na doutrina anterior No Reg. n0 737, art. 351, somente se cogitava de livros e documentos comerciais; e Antônio Joaquim Ribas tirou do Digesto e do Código justinianeu, através de Manuel Álvares Pêgas, a regra referente à exibição da coisa. As Ordenações Filipinas (Livro 1, Título 52) possuiam a ação ad exhibendum, e a doutrina empregava a de edendo para a exibição de documento ou coisa comum. Entendia-se que, sendo alheia a coisa ou o documento, a lei não poderia obrigar a exibi-lo. Tal respeito às coisas de modo nenhum correspondia ao trato que se dava aos homens, ao tempo de J. H. Correia Teles. O Código de Processo Civil de 1939 deu passo adiante, que melhor se vai examinar sob o art. 358.

3. Exibição interior e exibição preventiva cautelar A exibição de que se trata nos arts. 355-363 é a exibição interior à lide, à relação jurídica processual, procedimento probatório. A exibição preventiva, portanto objeto da prestação jurisdicional, constitui medida cautelar, disciplinada, não nos arts. 355-363, e sim nos arts. 844 e 845, que apenas faz conteúdo seu os arts. 355-363 e 381 e 382. Costuma-se chamar àquela exibição incidente; e autônoma, à ação de exibição preparatória.

4. Estado de direito e exibição O Estado de direito submeteu-se ao seu próprio Direito.’68 Se bem que se tenha procurado destruir a noção de Estado de direito, que se deixa julgar, como os particulares, pelos seus juizes 168 Const. 88, art 1º e segundo regras jurídicas que incidem sem discriminação de serem públicas ou privadas as pessoas interessadas, alguns princípios resistem, especialmente, aqueles que desarmariam parte dos dominantes quanto à intervenção dos que tivessem o poder. Entre esses princípios está o de se poder ordenar a exibição de coisa ou documentos do Estado, exceto os de caráter secreto, na pendência da lide. O Código manteve essa submissão do Estado ao princípio do igual tratamento das partes, prevendo, porém, que tal exibição de livros e documentos não se possa realizar (art. 399), ou pela conveniência da continuidade do serviço público, ou pelo caráter de dificuldade material. Naturalmente, o segredo obsta à exibição e às certidões do art. 399. Fora do caso de segredo, cuja alegação seja de crer-se e esteja de acordo com os princípios constitucionais, o Estado a União, os Estados-membros, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios está sujeito à sanção do art. 359, de caráter contumacial, às medidas dos arts. 360 e 361 e às sanções do art. 362.

5.Decisão sobre o pedido de exibição O juiz não tem arbítrio no conceder ou negar a exibição. Ou o requerente tem interesse na exibição e denegar-lhe seria coarctar a prova, pois que se teria afastado o juiz das próprias normas dos arts. 130 e 327, ou não no tem, e o juiz deve indeferir.

Se a parte contrária confessa a existência do documento e o conteúdo que o requerente do exame lhe atribui, decidiu a 6~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 24 de novembro de 1950 (R. dos T., 190, 844), que se toma inútil o exame. A solução é perigosa e cerceía a defesa, porque o juiz, que venha a julgar, ou o tribunal, pode não achar suficiente a confissão, ou reputá-la não-válida, e foi prejudicado na produção das provas o requerente.

Art. 356. O pedido formulado’) pela parte conterá:

1 a individuação, tão completa quanto possível, do documento ou da coisa2); II a finalidade de prova, indicando os fatos4) que se relacionam com o documento ou a coisa3); III as circunstâncias em que se funda o requerente para afirmar que o documento ou a coisa existe e se acha em poder da parte contrária5).

1.Exibição, procedimento probatório A exibição é prôcedimento probatório, e não prova documental.

Corresponde ao que, na prova testemunhal, se faz para que as testemunhas sejam intimadas, se lavre o termo de assentada e se proceda à inquirição. A lei exige, à semelhança da Ordenação Processual Civil alemã, que foi, fora de qualquer dúvida, a sua fonte (~ 217), que o requerente indique: a) o documento ou a coisa, quer dizer de que espécie de documento ou coisa se trata, quem assina o documento, em que estado se achava o documento ou a coisa, se isso éimportante para a causa, se o documento é ológrafo, só assinado e escrito por outrem, ou datilografado e assinado, ou impresso, ou se os seus dizeres. foram grafados por outro meio mecânico ou químico; b) o que se conténi no documento, se não lhe for possível repetir-lhe o texto, ou se não possui cópia ou rascunho; c) quais os fatos afirmados no pedido, ou depois, que “pretende sejam provados pelo documento; d) as circunstâncias em que se funda para afirmar que o documento ou a coisa existe e expliquem porque se acha em poder da outra parte. Mediante essas caracterizações, o juiz pode apreciar o interesse do requerente, a eficácia objetiva provável do documento ou a coisa, e, de certo modo e até certo ponto, o dever de o notificado a exibir.

2.Individuação ou descrição Nem sempre ao requerente o seu conhecimento ou a noticia da peça exibenda será suficiente para descrevê-la materialmente, ou em seu conteúdo intelectual. Daí a individuação antes chamada, no Código de 1939, art. 217, 1, “designação”, ter de ser a que seja possível fazer-se, como se o assinou o preposto do requerente, ou o seu procurador, ou a mulher, ou o seu tutor ao tempo da tutela etc. Nada obsta a que se peça a exibição do documento que alguém assinou criando obrigação principal ou acessória do requerente, sem que o tenha visto esse.

3.Conteúdo do documento e interesse Do próprio conteúdo muitas vezes não se lembrará, com exatidão, quem o assinou, há anos, ou há meses, ou quem o

recebeu, assinado por outrem, e o reclama porque do seu teor há de constar que foi concebido a seu favor. O que mais importa é que o interesse se revele, e o documento, existindo como o designa o requerente, uma vez exibido, lhe possa ser útil na demanda.

O art. 356, 1, não falou de indicação do conteúdo do documento exibível, o que constava do Código de 1939, art. 217, II, (“a indicação tão completa quanto possível de seu conteúdo”). O Código de 1973 refere-se àindividuação, quanto possível, do documento ou da coisa. Não se individua documento sem se apontar, quanto possível, o seu conteúdo. O art. 356, II, cogita da finalidade da prova; o Código de 1939, art. 217, III, não disse isso, pois aludiu aos fatos que devem ser provados por ele. Com palavras diferentes disseram o mesmo. Sob o direito anterior e o de agora, o que importa é individuar o documento, com o interesse de quem quer a exibição.

Mudou-se a redação, e não o fundo.

4. Indicação dos fatos a serem provados A indicação dos fatos que hão de ser provados mediante documento exibido toma precisa a ligação entre o documento ou a coisa e o interesse do requerente, ou quanto ao pedido básico da demanda, ou quanto a casos, ou quanto à defesa, ou quanto à reconvenção, ou quanto a afirmações do requerente, estranhas às afirmações do autor, se houve litisdenunciação ou outro incidente de ordem subjetiva.

Esses fatos não são sempre os dos arts. 282,300,315 e 316; podem ser relativos às exceções, inclusive para a prova do dolo referido no art. 233 e sempre que o interesse se caracterize conforme se expôs sob o art. 355.

5. Existência do documento O requerente não precisa provar que o documento existe. Tal prova seria, em muitos casos, difícil, ou mesmo impossível. Tampouco se lhe exige que prove achar-se em poder do intimado.

Extraído de sistema jurídico em que se passa o ônus da prova ao réu e se fazia intervir o juramento de exibição, o art. 356 tem de ser construído, em seus efeitos, com os elementos dos artigos seguintes, pois a lei, todo o direito brasileiro, desconhece o juramento processual.

Tem o requerente de apontar a finalidade probatória da exibição, com a indicação dos fatos a que o documento ou a coisa serve como prova.

Não precisa provar que o documento ou a coisa existe e está com a outra pessoa; mas sim as circunstâncias que a isso levam.

Art. 357. O requerido dará a sua resposta’) nos cinco (5) dias subseqUentes à sua intimação. Se afirmar que não possui o documento ou a coisa, o juiz permitirá que o requerente prove, por qualquer meio, que a declaração não corresponde à verdade2).

1. Resposta A resposta tem de ser no prazo de cinco dias, contados da intimação subsequente, porque a primeiro dia não se conta (art. 184, §20) e o legislador achou aconselhável ser explícito.

2.Atitude do intimado à exibição Ou a parte intimada a) afirma que não tem consigo o documento ou a coisa, e cabe ao requerente o ônus da prova em contrário; ou b) nada responde (art. 359,1, 2a parte); ou c) exibe; ou d) tendo

feito afirmação não acolhida pelo juiz (arts. 357 e 359, II) e devendo exibir, não o faz no prazo (art. 359,

~, 1a parte); ou e) o terceiro nega a obrigação de exibir, após a citação, o que se regula nos arts. 361 e 362.

Art. 358. O juiz não admitirá a recusa:

1 se o requerido tiver obrigação legal2) de exibir’);

II se o requerido aludiu ao documento ou à coisa, no processo, com o intuito de constituir prova3); III se o documento, por seu conteúdo5), for comum às partes4) ~).

1. Exibição compulsória ou direito à exibição Já antes se disse que o juiz não é livre de conceder ou não conceder a exibição. No art. 358, o Código enumera casos em que não pode ser negada. Inspirou-se na Ordenação Processual Civil austríaca, ~ 304. j,É exaustiva a lista? De modo nenhum. O caráter exempliticativo ressalta da leitura dos arts. 355 e 356. Ainda mais; a não ser que se desse à expressão “obrigação legal” significado que abrangesse “todas as obrigações” de exibir (e então o adjetivo “legal” seria pleonástico), há os casos do detentor, do servidor da posse, do possuidor direto, do que comprou o documento para outros efeitos sem adquirir o crédito que nele se cartulou etc.

2. “Obligatio exhibendi” “Obrigação legal” de exibir é a que corresponde ao direito à exibição concedido pela lei a certas pessoas, em casos expressos, como ocorre no direito comercial e concursal.

A exibição de livros pode ser cautelar, conforme os arts. 844 e 845, ou como meio de prova, pendente a lide.

Numa e noutra espécie, o procedimento é o mesmo. Se preparatÓria a exibição cautelar, regem os arts.

800-804e 806.

Tratando-se de direitos autorais, o art. 356, 1, é de grande importância, por existir texto especial. Já na Lei n0

4.790, de 2 de janeiro de 1924, disse o art. 50: “Nos contratos de edição, sejam quais forem as condições quanto à remuneração do autor pelo editor, é este obrigado a facultar ao autor o exame da respectiva escrituração”.169 O art. 20 da Lei n0 4.790 é de invocar-se com toda a generalidade, tanto mais quanto a ele se referiu a Lei n0 5.492, de 16 de julho de 1928, art. 26, para que incidam a respeito de todas as composições musicais e peças de teatro executadas, representadas ou radiodifundidats. Gravações em discos, rolos, fitas e peças semelhantes são edições.

Sobrevieram muitas Convenções e Tratados, chegando-se, por exempío, ao Decreto a0 48.458, de 4 de julho de 1960 (que promulgou a Convenção Universal sobre Direito de Autor, concluída em Genebra, a 5 de

169 Embora a atualização legislativa exclua regras não processuais, como se registrou na nota 15 do tomo 1, anote-se que norma semelhante à do texto se encontra no art. 65

da Lei n0 5.988, de 14.12.73, que regula os direitos autorais.

setembro de 1952) e o Decreto n0 57.125, de 19 de outubro de 1965 (que promulgou a Convenção Internacional para proteção aos artistas intérpretes ou executantes, aos produtores de fonogramas e aos organismos de radiodifusão). 170

3.Referência ao documento pelo que o tem em seu poder Se o que tem em seu poder o documento a ele se referiu, no processo, com o propósito de constituir prova isto é, de provar, ou de atenuar, ou de elidir a eficácia objetiva ou a atendibilidade da prova do requerente ou de outra pessoa, prova cuja diminuição ou eliminação ou aumento de eficácia objetiva ou de atendibilidade afetaria o interesse do requerente, pela força mesma do art.

358, II, que é de criação de direito à exibição, posta desde 1939 no direito processual brasileiro, fica obrigado a exibir. O ato de alusão do que tem em seu poder o documento, seja proprietário, possuidor, ou simples detentor dele, tendo sido praticado na lide, suscita o nascimento do direito à exibição por parte de quem tenha aquele interesse acima dito e, na pessoa referente, a obrigação de exibir.

4. Documento comum O documento comum fica, por sua natureza, em poder de uma só pessoa, se não ocorre, sobre a compropriedade, a composse. Porém, mesmo a propósito de pessoas que tenham, normalmente, a compropriedade, ou composse, ou a tença comum do documento, épossível ocorrer que um dos comuneiros retenha, por longo tempo, ou durante a lide, ou em algum momento dela, o documento. Exemplo: durante a separação judicial, se um dos cônjuges guardou o documento.

Afortiori , pode ser invocado o art. 358 se as partes acordam em que seja exibido, porque isso é mais do que haver referência ao documento feita pelo que deve exibir (cf., no direito anterior, a 8~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 17 de agosto de 1946, R. F., 110, 447).

5.Conteúdo comum do documento O art. 218, parágrafo único, do Código de 1939 era regra jurídica de propriedade de documentos, que invadia o direito material. Não era definição. Se fosse definição, seria exaustivo. Além dos casos nele consignados haver duas ou mais pessoas cujos negócios jurídicos têm forma no documento ou ter sido feito a favor de duas ou mais há todos os casos de compropriedade ou composse de documentos em que são comuns e não só se consideram tais. Os documentos são suscetíveis de propriedade, originária ou derivada, como as coisas em

geral, salvas pequenas variantes: de modo, que se devia ler o art. 218, parágrafo único, do Código de 1939, como regra de propriedade naquelas espécies em que as leis ainda não estatuíram sobre a propriedade e a comunhão, e regra de comunhão de uso nas espécies em que a propriedade já esteja regulada. No fundo, o direito à exibição e o dever de exibir.

O Código de 1973 é mais feliz. O art. 358, III, foi acertado quando apenas exigiu que o conteúdo do documento seja “comum às partes”. Portanto, não se exige a compropriedade, nem a composse. São documentos de conteúdo comum os que pertencem: a sócios; a marido e mulher comuneiros; a co-credores (ou co-devedores); a credor e fiador; a co-herdeiros; a herdeiro e legatário de parte da soma devida e provada pelo documento; quanto ao documento que permitiu a chamada, ou a nomeação à autoria, o litisdenunciante e o litisdenunciado, o nomeante e o nomeado. Os problemas de separação entre direito ao documento

como coisa e ao documento como fórmula intelectual foram estudados, com certa extensão, em nosso livro sobre títulos ao portador, e no Tratado de Direito Privado. O sócio que se retirou da firma (4~ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 28 de março de 1946, R. dos T., 161, 1123), ou seus herdeiros, podem pedir a exibição dos livros no tocante às operações feitas na vigência da sociedade. O fundamento é no art. 358, III. Na parte em que se referem a débitos e créditos do ex-sócio, os livros são pertença do direito.

Nas espécies em que se tiram duas ou mais vias do instrumento do negócio jurídico, desde que não se dá incorporação, há pertinencialidade do documento aos créditos, de modo que, se o documento é da dívida a A, porém B tem direito que resultaria de resolução do contrato, B pode pedir a exibição (cf. 4~ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 24 de maio de 1945, R. dos T., 163, 674).

6.Documento feito no interesse de alguém, ou de duas ou mais

pessoas O documento é elaborado em benefício da pessoa que, mediante ele, instrumenta negócio jurídico ou faz prova de negócio jurídico; ou que, mediante ele, instrumenta ou modifica ou extingue negócio jurídico.

Porém o próprio instrumento do contrato em que as obrigações de uma parte foram as dnicas p’revistas, habitualmente entregues ao outro contraente, pode ser útil ao contraente que escreveu e assinou, por exemplo, se as suas obrigações, dependendo do escrito, estão sendo interpretadas diversamente. O Código deixou o assunto ao direito material, a que pertence, por sua natureza. O Código de 1973 retirou o art. 218, parágrafo único, do Código de 1939, em que se dizia que o documento se consideraria “comum às pessoas cujas relações jurídicas fossem nele determinadas e àquelas em cujo interesse houver sido elaborado”. É o que resulta do direito material.

Art. 359. Ao decidir o pedido, o juiz~) admitirá como verdadeiros2) os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar 7) ~):

1 se o requerido não efetuar4) a exibição’), nem fizer qualquer declaração no prazo do art. 3575); 11 se a recusa for havida por ilegítima6).

1.Documento indispensável não exibido A imprescindibilidade do documento

para a prova de alguma alegação do requerente, ou de “algumas” alegações, cria certo estado de necessidade processual, de que resulta, à semelhança do que se passa a respeito de outras provas (e. g., art. 265, IV, b), a premência de satisfação pela produção do motivo probatório, ou a compulsão mediante efeitos da inexecução da ordem judicial. Não temos o juramento, que se associara à exibição incidente, no sistema germânico-canônico de provas. O legislador tinha de reforçar o efeito comprobatório, atribuido à desobediência, nos quatro casos: a) negativa pura e simples de tença do documento (propriedade, posse, detenção); b) negação à exibição, que é a recusa de que fala o art. 359, II, sem se afirmar ou afirmando-se a tença, qualquer que seja a causa dela; c) nenhuma negativa expressa quanto à tença ou a exibição, afirmação tácita de não existir com a pessoa o documento, acompanhada de circunstâncias que fazem suspeitar-se de ocultação pela parte; d) a mesma situação da letra c), com suspeita de inutilização do documento. O juramento de exibição seria, no direito de origem medieval, a solução para as letras c) e d); porém o art. 359 tratou no mesmo pé de igualdade todos os quatro casos. Em todos eles, se a alegação ou as alegações, sobre serem verossímeis, estiverem coerentes com as demais provas dos autos, o juiz poderá (cf. art. 131) considerá-las provadas.

A apresentação excepcional de documentos pode ser na primeira ou em superior instância, desde que haja o pressuposto do art. 397 (já antes, a ia Turma do Supremo Tribunal Federal, 27 de janeiro de 1947, R. F., 115, 96 s.).

A apresentação de documento na audiência é de admitir-se como a qualquer outro momento, desde que satisfeito um dos pressupostos do art. 397. Se a sentença vai apreciá-lo, tem de ser adiada a audiência para que, no prazo legal, fale a parte contrária: se ela nada alega contra a apreciação imediata e prescinde de adiantamento, está respeitado o art. 398. Aliter, se a parte contrária argúi cerceamento de defesa. Nenhuma razão teve, ao tempo do Código de 1939, a 4~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a 21 de dezembro de 1952 (D. da J. de 15 de abril de 1952),para achar que, se o documento constava de registro público, não há cerceamento de defesa em não ser ouvida, de acordo com o estatuído no art. 398, a outra parte.

Não cerceia a defesa indeferir-se pedido de juntada de documentos há muito em poder da parte, que os poderia ter apresentado (6~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 17 de fevereiro de 1950, R. dos T., 186, 170).

2. Verossimilhança e prova O Código de 1973, art. 359, não fala de verossimilhança. Antes, o Código de 1939, art. 219, dizia que, quanto às alegações do requerente, o juiz poderia considerá-las provadas se fossem verossimeis e estivessem coerentes com as demais provas dos autos. Temos, porém, que atender à realidade. O

requerido tinha de dar a resposta dentro dos cinco dias. O requerente pode provar, por qualquer meio, que a declaração não corresponde à verdade (art. 357). Isso leva a ter-se a recusa por ilegiima (art. 359, II). j,Se o requerente não prova que a recusa não cabia? Se o requerido não tinha a obrigação legal de exibir (art. 358, 1), nem aludiu ao documento ou à coisa, no processo, com o intuito de constituir prova (art. 358, II), nem o documento, por seu conteúdo é comum às partes (art. 358, III), a recusa é de admitir-se. É preciso que a recusa seja ilegítima para que os fatos alegados pelo requerente sejam tidos como verdadeiros, Mas, advirta-se, j,se as provas de tais fatos se chocaram com as provas produzidas pelo requerido? Daí termos de exigir, para a admissão dos fatos, como verdadeiros, que sejam verossimeis, ser compatível com a verdade. Pode dar-se, até, que o requerido tenha algum documento com que o outro se chocana. Tem-se de interpretar e revelar o direito vigente sem se ater o intérprete a expressões e frases que não correspondam ao sistema jurídico. A verossimilhança é pressuposto necessário a toda prova que se não basta a si mesma, que se não impõe com a força suficiente para provar o verossímil que se tem de aceitar como verdadeiro. Verossímil é o provável, nos dois sentidos da palavra: ter possibilidade de ser verdadeiro; ser suscetível de prova. Entenda-se que, na dúvida, criada pela inverossimilhança, não se atribuam efeitos de motivo de prova à abstenção do obrigado a exibir.

Mas o pressuposto da verossimilhança não é o único: exige-se a coerência com as demais provas, requisito que, na maioria dos casos, já atuou como fator de verossimilhança. O que é coerente com as outras provas ganha em atendibilidade. Outras provas, aí, não são só as que correspondem a obrigações; são também as de fatos ou circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes (art. 131). Se a parte apresentou cópia, rascunho ou extrato do documento, com ou sem intervenção do obrigado a exibir, e as outras provas se ajustam à sua alegação de existir e estar com o excipiente omisso o documento, então melhor se configura o motivo probatório da cominação legal do art. 359. Pode o juiz, no seu livre convencimento, tê-la por autêntica. À parte

é dado requerer quaisquer outras provas, como exame de letra dos rascunhos (e.g., rubrica, inicial), pela superveniência da omissão de exibir. (Dissemos acima que há “cominação legal”, conforme o art. 359. Uma vez que, se não ocorre recusa legítima feita pelo requerido, nem afetou ele a exibição, nem satisfez, no prazo do art. 357, o que lhe cabia declarar, o art. 359 incide, e aí a cominação é legal.)

3. Confirmação ou destruição das alegações Confirmar ou destruir as alegações ou alguma alegação, de modo que possa alterar o convencimento do juiz, ou diretamente, pela modificação, que importe, à eficácia objetiva ou atendibilidade de alguma prova, tal o pressuposto para a incidência do art. 359, ia p~e A inverossimilhança e a incoerência entre o que se quer provar com a exibição e as demais provas são elementos pré-excludentes da incidência do art. 359 (cf. 2’ Turma do Supremo Tribunal Federal, 22 de agosto de 1947, R. de]. B., 81, 139; R. E., 119, 78).

A 1’ Turma do Supremo Tribunal Federal, a 25 de novembro de 1946 (R.E., 110,413), deixou de aplicar a regra jurídica que então correspondia à do art. 359, porque não tinha dado prova de legitimação ativa quem pediu a exibição.

4. Desatendimento à ordem de exibição Negando-se o obrigado a exibir o documento, pela afirmação de não o possuir (art. 357, 2~ parte), ou o faz com a sua estranheza a que seja considerado dono, possuidor, ou detentor, do documento, ou pretendendo que o perdeu, ou deixou de ser seu. Para evitar as consequências eventuais de sua omissão no ter o juiz de apreciar as provas (arts. 131 e 359), deve a parte, a quem o juiz ordenou exibisse, provar, no segundo caso, o que alega; no primeiro, se algum fato conhece que corrobore a sua negativa, prová-

lo, ou indicar onde se acha a prova, ou o prÓprio documento.

5. Dever de exibir Dando-se recusa da exibição do documento, ou o obrigado prova a razão que tem para não o apresentar (e. g., ser segredo de Estado, ou algum dos casos inclusos no art. 406, aplicável por analogia), ou acarreta com as consequências eventuais do Art. 359. Isso não obsta a que aduza, no primeiro caso, considerações contra as afirmações do requerente quanto ao conteúdo do documento (art. 356, 1, III), ou quanto à ligação entre ele e os fatos (art. 356, II). No segundo caso, dificilmente seria de levar-se em conta (art. 131) o que

explicasse ou pretextasse.

6. Apreciação das circunstâncias Se as circunstâncias convencem de que a parte obrigada a exigir ocultou o documento, claro que se lhe há de aplicar o art. 359. Essa convicção não pode, em todos os casos, ser completa, porque se inutilizariam os requerimentos de exibição. Basta a fonte suspeita. Aliás, o alegante há de acompanhar de provas o que pretexta e o juiz as apreciará para se persuadir de que fala a verdade, ou para manter a sua ordem de exibir, que foi desrespeitada. São assuntos, esses, em que não é possível negar-se ao juiz quase o mesmo critério livre da pesquisa que tem o cientista e, a certos respeitos, o juiz criminal.

Na exibição, quem apresenta, materialmente, a prova é parte que tem a pretensão à exibição. Quem a apresenta, juridicamente, é quem pede a exibição, exercendo aquela pretensão.

Dentro do processo, o pedido de exibição é exercício da pretensão àexibição, como o seria qualquer outro pedido de exibição, preparatoriamente ou em ação independente.

A decisão que não acolhe o pedido de exibição é decisão declarativa. A que o acolhe, mandamental.

A consequência de se julgarem provadas as alegações para cuja prova se precisava do bem exibendo ou do documento exibendo, se não exibe, incidindo o art. 359, resulta de cominação implícita. Para isso, é preciso que se possa entender que, com a exibição, se provaria o que se alegou, ou parte do que se alegou. Trata-se de apreciação de circunstâncias.

No art. 359, II, fala-se de se terem como verdadeiros os fatos que, por meio do documento, ou da coisa, a parte pretendia provar, “se a recusa foi havida por ilegiima”. Uma das espécies ocorre se a parte que tem de exibir oculta ou inutiliza o documento, de modo que priva da prova o requerente. No art. 219, II, do Código de 1939

aludia-se a terem-se como provadas as alegações “quando as circunstâncias convencerem de que a parte condenada à exibição ocultou ou inutilizou o documento, para impedir-lhe o uso pelo requerente”. O art. 359, II, do Código de

1973 é mais amplo, porque pode ocorrer recusa ilegítima, fora do que se previa no texto do direito anterior.

7.Inutilização do documento a ser exibido A inutilização do documento é especialização da inatividade para não exibir, mais restrita que a ocultação, porque é o ponto extremo: destruir, para que não seja, em caso algum, descoberto. Fácil é suspeitar-se, fortemente, da ocultação, mais do que da inutilização. Essa só se revela se a parte, em cujo poder se sabe estar o documento, o destruir diante de alguma pessoa, que o narre, ou se deixou algum indício da destruição, ou se contou a alguém tê-lo feito, ou em situações semelhantes. Em tudo mais a espécie é de se tratar como a forte suspeita de ocultação.

8. Interpretação da lei e direito penal A interpretação do art. 359, só referente a pessoas interessadas na demanda (parte ou pessoa que esteja no feito em situação de poder fazer prova e ser prejudicado por provas feitas), tem de ser a normal, sem qualquer limitação a favor do obrigado a exibir, uma vez que o legislador nenhuma referência fez à lei penal, e essa, no mesmo sentido, deixou de criar qualquer figura penal para o interessado na demanda, que afirme, in casu, falsamente.

Art. 360. Quando o documento ou a coisa estiver em poder de terceiro’), o juiz mandará citá-lo2) para responder no prazo de dez (10) dias3).

Art. 361. Se o terceiro negar a obrigação de exibir, ou a posse do documento ou da coisa5), o juiz designará audiência especial”), tomando-lhe o depoimento, bem como o das partes e, se necessário, de testemunhas; em seguida proferirá a sentença.

1. Documento em poder de terceiro Nos casos em que o documento se acha, ou se supõe achar-se com terceiro,171 muda a situação do obrigado a exibir; pelo fato de nada ter de provar, ou de sofrer que se prove, na demanda judicial, de que a ordem de exibição é incidente. O terceiro, nos arts. 47, 50, 70 e 57-59, não é

“terceiro” no sentido dos arts. 360 e 361. Nenhuma pessoa que possa sofrer, ou ganhar com a prova, no convencímento do juiz, tendo direito de requerer provas e falar sobre elas, ou tendo alguém a cuja sorte processual esteja ligado, não é terceiro, no sentido do art. 360. O melhor critério prático é o de se saber se o art.

359 poderia, realmente, prejudicá-lo, se ojuiz considerasse a omissão de exibir, por terem valor as suas afirmações. Fora daí, é terceiro.

2. Terceiro obrigado à exibição É pressuposto necessário que o terceiro seja obrigado à exibição. Di-lo o direito material; di-lo o art. 360 do Código de Processo Civil.

171 Destinado ao conhecimento de informaçõeS e à letificação de dados, o habeas data, instituido no 251 50, LXXII, da Constituição Federal, não ~ sucedineo da ação do afl. 360 do CPC.

A respeito do art. 360, exerce papel importante o conceito de documento-pertença, assunto versado no Tratado de Direito Privado (Tomo XV, ~§ 1.742, 1.765 e 7.776). Se há diferentes créditos documentados pelo instrumento ou via, o documento é pertença de cada crédito, o que, ainda quando o crédito não seja de dois ou mais co-titulares, há comunhão na pertença. Foi isso o que faltou ver o Superior Tribunal do Trabalho, a 20 de setembro de 1947 (D. da J. de 14 de janeiro de 1948, 125), razão de injustamente haver julgado.

Não há nenhuma contradição entre o art. 360 do Código de Processo Civil e o art. 18 ou os arts. 16-19 do Código Comercial. Nem a havia sob o Código de 1939, art. 220, de modo que foi injusta a decisão da 6~

Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 24 de novembro de 1950 (R. dos T., 190, 936), que, parece, entendeu ilegal o exame da instrução em livros comerciais de terceiros: se os pressupostos do art. 18 do Código Comercial, ou do art. 360 do Código de Processo Civil estão satisfeitos, nada obsta a que se invoque aquele ou esse.

(O art. 220 do Código de 1939 continha limitação inoperante: “por ser comum ao requerente”. A isso chamáramos incuria legis. A compropriedade, a composse e a detenção em comum de modo nenhum exaurem a obrigação de exibir. Há mais casos de obrigados à exibição do que de compropriedade, composse e detenção em comum de documentos. O Código mesmo aludia a isso, no art. 218, 1, e parágrafo único. Alguns casos de exibição de livros comerciais são típicos. Outros casos há. O subscritor acusado de não haver pago a subscrição pública pode requerer que o terceiro em poder de quem se acha a lista, a título, por exemplo, de curiosidade, a exiba, para ser visto o “pague-se” ou para se proceder

à perícia, sem que esse terceiro deixe de ser o dono da lista, que fora jogada fora e ele apanhou. O interesse na apresentação do documento como documento (não como coisa) é que é comum. A comunidade a que se referia o art. 220 é a comunidade no direito a apresentar o documento, que aliás, no caso do exemplo, se o terceiro não foi subscritor, é com os outros subscritores, e não com o terceiro, simples dono da coisa. Veja Comentários ao Código de r939, III, 2~ ed., 330. O Código de 1973 atendeu à nossa crítica.)

3.Juiz e terceiro em poder de quem está o documento No caso de terceiro, ojuiz não tem poder judicial sobre ele, enquanto ele não conhece de que se trata. Ainda que incidente da demanda judicial, o processo da exibição estabelece entre juiz e terceiro situação que é de relação jurídica processual. Eventualmente, pequena demanda, a ação ad exhibendum, dentro da outra, mas autônoma. O terceiro é citado e ouvido (art. 360); falta,porém, ao juiz, fora da ação própria de indenização, poder para condenar o terceiro a indenizar os danos que assim causa ao requerente, mesmo porque não lhe é dado prejulgar esses danos. O Código tem altemativas: ou a) a parte requerente se conforma; ou b) o juiz, não se conformando a parte e estando ele convicto da obrigação de exibir, designa audiência especial, para, ouvido de novo o terceiro, e ouvido o requerente, proferir despacho, cujo conteúdo analisaremos à nota 4); ou c) há mandado do art. 362, se não há justo motivo, após a ordem descumprida. O art. 362 fala de embolso das despesas feitas.

4.Designação de audiência O juiz não é obrigado a designar a audiência: essa depende do que o terceiro citado alegou e conseguiu convencer; e o juiz cotejará, apreciando-as, as afirmações do requerente e as do terceiro, antes de marcá-la. Dar-se-á, então, não a transformação do incidente em demanda, e sim a aplicação do art.

362.

5. Exibição de coisa A exibição da coisa, no caso do art. 355, é de finalidade probatória. Sempre que o fato, que há de ser provado, consiste ou importou em estado permanente do mundo exterior, inorgânico ou animal, porém não ente humano, dá-se a necessidade de ser exibida a coisa. O art. 355 só não se refere à exibição do ser humano, que todavia não éestranha ao direito, e se costuma chamar “apresentação”, para se distinguir da exibição das coisas, em atenção à personalidade do homem. Não se exibe o paciente a favor de quem se pediu

habeas corpus, apresenta-se. Os juristas romanos e os legisladores de séculos posteriores, até brasileiros, não tinham essa atenção e falavam de exibição, ainda se se tratasse de ente humano. E o que é interessante é que exigiam muito mais para se ter a obrigação de exibir coisa. A coisa pode ser exibida, como objeto de prova, para perícia ou para inspeção ocular do juiz; de modo que se não pode dizer que o art. 355 só se refira a coisas móveis: primeiro, porque os princípios a que se recorre para se obrigar a parte a mostrar o imóvel, ou a deixar proceder-se à vistoria, são os que servem de base às regras jurídicas dos arts. 355-363; segundo, porque, ao tempo de se ordenar a exibição da coisa móvel, épossível que esteja imobilizada (e. g., ladrilhos ou materiais de construção, estantes ou outros móveis pregados).

O art. 356 é comum aos documentos e às coisas. Em vez de indicar-se o conteúdo intelectual, que a coisa não tem, indica-se o fato que a caracteriza como motivo probatório ou o estado permanente que o fato a provar-se deixou nela. Tudo é aplicável ao requerimento de exibição da coisa. Também o art. 358. Quanto ao art. 358, III, passa-se o que dissemos. Desde que se determinasse na coisa relação jurídica em que as partes fossem legitimadas conforme o grafado na coisa, ou a coisa houvesse sido feita para documentar, documento seria, e não coisa. Mais aí o interesse prima, pelo maior valor do conteúdo intelectual no plano das provas. Os casos de títulos ao portador foram largamente estudados por nós no livro sobre esses documentos. Outrossim, os títulos cambiários e os testamentos, que podem ser feitos em ardósia, madeira, tela, barro, ouro, prata, etc. O art. 359 é de dúplice incidência. Também o é o art. 360. Aliás, o art. 844 nenhuma distinção conhece entre o documento e a coisa. O art. 361 é de aplicação dúplice.

Art. 362. Se o terceiro, sem justo motivo’), se recusar a efetuar a exibição, o juiz lhe ordenará que proceda ao respectivo depósito em cartório ou noutro lugar designado, no prazo de cinco (5) dias, impondo ao requerente que o embolse das despesas que tiver; se o terceiro descumprir a ordem, o juiz expedirá mandado de apreensão, requisitando, se necéssário, força policial, tudo sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência2).

1.Recusa sem justo motivo Se o terceiro, sem justo motivo, se recusa à exibição do documento ou da coisa, o que se apura em audiência, com a sentença que declara a injustidade do motivo, há a “ordem” (no art. 362 fala-se de “o juiz lhe ordenará”) que proceda ao respectivo depósito em cartório ou noutro lugar

designado, no prazo de cinco dias. Tecnicamente, a ação do art. 361 é ação embutida no processo pendente: há a audiência e a sentença que reputa justo ou injusto o motivo da recusa (elemento declarativo)172 Se a sentença tem por injusto o motivo, há a mandamentalidade da sentença que primeiro se exerce no mandado para o depósito e, se não é atendido, pelo segundo mandado, que é de busca e apreensão. Assim, 172Enquanto constitui incidente processual o pedido de exibição do art. 356, que se resolve por decisão interlocutória (art. 359), suscetível de agravo (srI. 522), ~ ação a medida do art. 360, que se conclui por sentença (SrI. 361, infine>. Na nota 1 ao art. 361 da 27’ cd. do seu fanioso c~c e legisla çdo processual em vigor, Saraiva, 5. Paulo, 1996, p. 294, Theotonio Negrão cita dois acórdãos (RJTJESP, lOI/294e n’A, 94/160), no sentido de ser apelação o recurso dessa sentença. Para se tornar viável essa apelação, aconselhável será se desentranharem as peças pertinentes, ou reproduzi-las, formando autos apartados, que subirão ao tribunal, sem prejuízo do andamento do processo. Faltando regra restritiva, essa apelação se recebe no duplo efeito (art. 520, P parte). suspendendo a eficácia do pronunciamento, porém não o processo principal. Ressalve-se que, diante de posiçóes da doutrina e da jurisprudência em situaç6es semelhantes à de que se cuida, não causará estranheza se autores sustentarem e tribunals decidirem que se trata de interlocutória, por isso agravável.

a sentença favorável ao terceiro seria preponderantemente declarativa; se desfavorável, mandamental, com eficácia imediata condenatória e mediata declarativa.

2. Responsabilidade do terceiro Se o terceiro desobedeceu, há a responsabilidade pessoal por desobediência. Se destruiu o documento ou a coisa, há ação civil de indenização, mais a penal.

Art. 363. A parte e o terceiro se escusam de exibir’), em juízo, o documento ou a coisa: 1 se concernente a negócios da própria vida da família2);

II se a sua apresentação puder violar dever de honra3);

III se a publicidade do documento redundar em desonra à parte ou ao terceiro, bem como a seus parentes consangflíneos ou afins até o terceiro grau; ou lhes representar perigo de ação penal1); IV se a exibição acarretar a divulgação de fatos, a cujo respeito, por estado6) ou profissão, devem guardar segredo5);

V se subsistirem outros motivos graves7) que, segundo o prudente arbítrio do juiz, justifiquem a recusa de exibição.

Parágrafo único. Se os motivos de que tratam os numeros de 1 a V disserem respeito só a uma parte do conteúdo do documento, da outra se extrairá uma suma para ser apresentada em juízo8).

1. Razões para a escusa de exibição Se o terceiro alega que não pode exibir porque, embora com ele esteja o documento ou a coisa, há razão para não cumprir o que lhe ordenou o juiz, tal alegação há de caber num dos itens do art. 363 e há de ser suficientemente provada.

2. Negócio da própria famiia Nem todos os negócios da família bastam para que o terceiro se recuse a exibir. É

preciso que se trate de documento ou coisa cujo negócio foi oriundo apenas de relação íntima, como a carta entre uma das partes e o pai ou a mãe narrando o que se passara entre as duas partes ou terceiro interessado, ou a entrega de quantia pelo pai ou pela mãe, como ato de família, a uma das partes. Outro exemplo: a coisa fora esculpida pelo filho ou pela filha e doada ao pai ou à mãe, sendo imitação da obra de uma das partes. Não se pode levar a extrema generalidade o art. 363, II.

3. Dever de honra Se o terceiro violaria dever de honra se exibisse o documento ou a coisa, pode escusar-se à exibição. Por exemplo: na ação de separação, uma das partes requer que seja citado o terceiro, que tem consigo carta ou presente do amante ou da amante da outra parte, ou, sendo o terceiro citado, se recusa a exibir documento ou coisa, em sua guarda, porque servirá à prova do adultério, ou simplesmente a alusão a relações sexuais com outrem.

4. Publicidade de documento Publicidade, no artigo 363, III, está em sentido largo. O simples fato de exibição pública. O juiz tem de examinar, secretamente, a espécie, a fim de que se lhe revele o fundamento da escusa.

Aliás, o exame em segredo é indispensável, de regra, nos demais casos do art. 363, I-V.

5. Segredo profissional Primeiro, tem o terceiro de apresentar a proibição legal

da revelação de algo interior ao exercício da profissão; depois, explicar ao juiz como o documento ou a coisa está em ligação com o segredo profissional.

6. Estado da pessoa Estado, aí, está em sentido de estado da pessoa, como se o terceiro está casado e o documento ou coisa se prende a estado anterior (solteiro, viúvo), ou, se viúvo, se ligaria ao matrimônio extinto.

7. Motivos graves O art. 363, V, cogita de outros casos que não se incluem nos incisos anteriores. O que importa é que o juiz, com “prudente arbítrio”, examine a gravidade suficiente para que se afaste a exibição.

8. Motivo justo só referente a uma parte do documento Se o documento, em parte, é incluivel em qualquer das espécies mencionadas no art. 363, e a outra parte de modo nenhum ofenderia as regras jurídicas do art. 363, I-V, permite-se que se extraia uma suma para ser apresentada em juízo. Pode ser cópia datilografada, pode ser fotográfica, ou simples exibição na audiência, recoberta a parte inexibível.

Seção V

Da Prova Documental1)

1.Juntada e produção de documentos Cogitamos aqui da prova documental (documentos como meio de prova).

A exibição, dissemos, éprocedimento probatório, e não meio de prova. A assunção da prova documental depende do motivo. O só exibir não hasta; nem é preciso, sempre, que se requeira a exibição. Se as partes juntaram os documentos, a inspeção sensorial pelo juiz e a perícia podem fazer-se sem se ter de requerer exibição. Exibidos, no sentido do étimo, estão eles. O documento, como meio de prova, é toda coisa em que se expressa por meio de sinais, o pensamento. Esse é o sentido restrito e técnico, que supõe o conteúdo intelectual como elemento definidor de documento. Os documentos só históricos, arqueológicos, pré-históricos não são documentos no sentido dos arts. 364-384. O documento só histórico pode ter conteúdo intelectual, mas perdeu a sua relevância jurídica, se a tinha, tal como o contrato entre José Bonifácio e o locador da casa em Coimbra. Os documentos pré-históricos podem ter conteúdo intelectual de que nunca colheríamos a relevância jurídica que tiveram. O

conteúdo intelectual do documento de que se fala nos arts. 356, 1, e 358, iii, é portanto, o conteúdo intelectual relevante em direito. Aludimos também a sinais, e esse elemento de simbolização especial há de ser a escrita, pois os marcos das terras, as cercas dos campos de tênis, ou as árvores que rodeiam sítios, exprimem pensamentos, sem serem documento, no sentido de prova documental, e não podem produzir motivos documentais de prova. Sem exame, não podem os documentos ter efeitos probatórios. Mas essa inspeção sensorial é apenas porta aberta à compreensão do conteúdo intelectual, que é nenhuma na inspeção sensorial da coisa. Se está em causa a materialidade do documento, como se ele é falso ou falsificado, aquela inspeção não basta; mas o que então se prova não se prova por meio de "prova documental", e sim por meio de inspeção ocular, ou outra, ou por meio de perícia. É a coisa, e não o documento, que se examina; examina-se o documento sem se ir até o seu conteúdo intelectual, ou se analisa materialmente esse conteúdo.

Os documentos, ou são públicos, feitos pelo Estado, com ou sem fé pública, através de qualquer dos seus órgáos, como a escritura pública, a ata da audiência, a certidão do oficial de justiça, ou privados (particulares).

O Estado mesmo elabora documentos privados, como qualquer ato dos seus órgáos que não seja ato jurídico estatal. A lei é documento público, a transcrição e inscrição nos registros públicos são documentos públicos; a afirmação do Estado em juízo, como autor ou como reu, não no é.

Quanto ao conteúdo, ou os documentos são constitutivos (e. g., a escritura pública de hipoteca, as folhas de contrato por instrumento particular), ou probatórios. Sendo forma de atos jurídicos, como são, é natural que aqueles provem esses atos. Os de simples prova são incapazes de constituir os atos jurídicos; porém, referindo-se a eles ou a fatos que os compõem, provam esses atos. As certidões, as atas, os atestados, os livros dos comerciantes, as cartas missivas, os bilhetes a mão, os jornais etc., são documentos probatórios. Quando o Código, no art. 131, ao adotar o princípio da livre apreciação da prova pelo juiz, não mais se referiu à redação de se dispensar a forma quando a lei a tenha como da substância do ato, porque, aí, teria de referir-se ao documento constitutivo sem o qual o negócio jurídico não se constitui.

Juntos pela parte que os fez, os memoriais, punctações e rascunhos ou minutas não são "documentos" (3a Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo,

a 27 de agosto de 1941; R. dos T., 133, 587). Mas a outra parte pode apresentá-los, se é o caso, como elementos históricos dos negócios jurídicos ou dos atos jurídicos stricto sensu.

Subseção 1

Da Força Probante1) dos Documentos 2)

1. Força probante A força probante dos documentos é a eficácia que o direito material ou processual atribui aos documentos para que sejam probatórios de atos jurídicos, estrito senso, atos-fatos jurídicos e negócios jurídicos, ou de atos processuais. O direito material é que faz irradiar-se a eficácia da prova se o ato não é puramente processual. Assim, quando o art. 364 do Código diz que o documento público faz prova não só da sua constituição (lá se diz “formação”), mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário público declara que ocorreram em sua presença, implicitamente faz remissão às leis especiais sobre os documentos públicos. Nem sempre o documento que funcionário público expede faz prova a que alude o art. 364; é preciso que a lei que rege a sua função lhe dê tal eficácia probatória.

2. Prova no processo O art. 364 tinha de refe~ir-se aos documentos públicos, em geral, mas a prova que eles fazem depende da lei material, salvo se se trata de ato previsto no direito processual civil ou processual penal.

Pode ser que seja ato de direito processual administrativo.

Art. 364. O documento público’) faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos2) que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença.

1. Documento público Embora o art. 364 nada mais contenha do que referência remissiva ao direito material, que regula a eficácia dos documentos públicos, foi acertado o que enunciou. Assim, afasta-se a interpretação que lançaram alguns juristas, de ser a prova em juízo somente regida pelo direito processual, a ponto de se entender, por exemplo, que a

confissão da parte pode afastar o documento como meio de prova. A despeito de só se aludir a documento público, havemos de ter como assente que as regras

jurídicas de direito material também dizem quais os pressupostos constitutivos, inclusive formais, e qual a eficácia dos documentos particulares. Admita-se que alguns documentos públicos se lavrem em cartório de escrivão, razão por que se há de observar o que exigem a legislação de direito material e a legislação processual.

2. Fatos referidos Se o documento público, além de constituir algum ato jurídico, ou mesmo declarar algum fato jurídico stricto sensu, ou ato-fato jurídico, contém referência a algo que, na pessoa do escrivão,ou do tabelião, ou do funcionário ocorreu, e se inseriu a alusão ou narraçao no documento, a lei processual também atribui eficácia probatória a essa parte do documento. Por exemplo: no momento em que se lavrava a escritura de compra-e-venda do imóvel, o procurador de um dos figurantes perdeu os sentidos e teve de ser substituído, razão por que se teve de fazer alusão à ocorrência para ser o próprio figurante do negócio jurídico o signatário.

Art. 365. Fazem a mesma prova que os originais:

1 as certidões2) textuais’) de qualquer peça dos autos, do protocolo das audiências, ou de outro livro a cargo do escrivão, sendo extraída por ele ou sob sua vigência e por ele subscritas; II os traslados e as certidões3) extraídas por oficial público, de instrumentos ou documentos lançados em suas notas;

III as reproduções5) dos documentos públicos, desde que autenticados por oficial público ou conferidas em cartório, com os respectivos originais4) 6)

1.Certidões textuais Certidão é a pública-forma, cópia literal,avulsa, de documentos, feita por escnvao.

O original, aí, ou é peça dos autos, qualquer que ele seja, do protocolo das audiências, ou de outro livro a cargo do escrivão. A lei exige que o escrivão extraia a certidão, ou que outrem, ligado ao serviço, o faça, sob a sua vigilância, e subscrita por ele. Se, no momento, por força maior, não está presente pessoa que tenha tal função, pode ele indicar qualquer pessoa, a cujo trabalho assista, com a responsabilidade que tem. A subscrição éessencial.

2. Certidões No sistema do Código de 1939, a pública-forma, para ser regularmente produzida em juízo, precisava ser conferida na presença da parte

contrária. Havia de ser citada a parte, se não se achava presente para que se fizesse a pública-forma. Havia outras exigências e finalidades que o Código de 1973 afastou. A simplificação foi acertada, porque o escrivão tem toda a responsabilidade desde o momento em que subscreve.

Tal certidão passou a ter eficácia total, inclusive a favor ou contra terceiro.

3. Certidões e traslados Em vez de falar de fazer prova, ou de fazer prova plena, o Código de 1939 disse que as certidões e os traslados, extraídos de registros, autos, livros de notas e outros documentos públicos, pelos escrivães, tabeliáes e oficiais públicos, têm por si a eficácia de autenticidade. Quer dizer: de provirem de pessoas a que é atribuído, externamente, o conteúdo intelectual do documento. Tal eficácia é a de que gozam os originais, razão por que também em direito material se sói enunciar que fazem a mesma prova que os originais, ou que têm a mesma força probante. A respeito dos traslados e das certidões, estatui-se que se consideram instrumentos públicos se os originais se houverem produzido em juízo como prova de algum ato. Esses princípios não foram revogados pelo Código de 1939, porque o resultado foi o mesmo, se bem que mais técnica a regra jurídica do Código de 1939, art. 226, tirada à Ordenação Processual Civil alemã, § 437, e à austríaca, §

310. A crítica que se fazia, por parecer que se derrogou o Código Civil e se foi além do reconhecimento da mesma força probante, confundia eficácia de autenticidade da procedência do conteúdo intelectual com a da autenticidade material. As certidões e os traslados somente se têm por autênticos, quanto à procedência do conteúdo intelectual, quando sejam autênticos no que toca à procedência material. Se o juiz duvida da autenticidade do conteúdo intelectual, duvida de ter sido o outorgante quem o ditou, ou deu a minuta, copiada pelo notário, e então lhe é dado ordenar (art. 131) que o notário se apresente para examiná-lo e verificar se foi ele mesmo quem afirmou ter sido a pessoa ali mencionada quem o outorgou.

A desconfiança sobre a autenticidade intelectual envolve a questão da autenticidade material, porque, fora disso, teria o juiz de duvidar da fé pública do notário e atribuir-lhe nada menos que o crime de dar por verdadeiras declarações falsas. Não é impossível que se dê, principalmente a respeito de testamentos, em casos de morte iminente; mas é de extrema gravidade o fato. Se até esse ponto chegar a dúvida, e viva estiver a pessoa, o caminho mais certo é ouvi-la. Seja

como for, dai em diante, negando o outorgante a autenticidade intelectual, resta de péo valor probatório, até que

se desfaça por si, diante de provas produzidas nos autos, cabendo, desde aí, o ônus de alegar a autenticidade à pessoa que juntou como prova o documento. Para isso é que se disciplina o incidente de falsidade, autuando em apenso, que a parte prejudicada pelo falso promove, encerrada a instrução da causa, cita a parte adversa (arts.

390-395). Nele é que se dá a luta de provas, invertendo-se o ônus de provar quando a presunção ceda. O

incidente, em autos apensados, é prescindível quando do processo conste material suficiente, ao ver da parte interessada e a seu risco, para que o juiz se convença. Tanto mais quanto o próprio juiz pode, de ofício, ordenar diligências necessárias à instrução do processo (art. 130) e julgar com atenção a fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pela parte (art. 131). Não é mesmo de excluir-se a aplicação da regra jurídica do art. 129.

A 3~ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 21 de agosto de 1946 (R. dos T., 166, 185), entendeu que a “prova transplantada ou empostada”, produzida noutro processo, entre as mesmas partes e sobre a mesma relação de direito, tem valor probatório. Não, advirta-se, o valor que teve, ou possa ter; é simples indício.

4.Autenticidade e falta de autenticidade A argUição de falta de autenticidade, quer material, quer intelectual, em se tratando de qualquer documento público, portanto incluídos os traslados, as certidões e as públicas-formas, os extratos e as cópias conferidas, é tão grave que, feita com temeridade, pode motivar aplicação do art 18, ou do art. 29. A presunção éiuris tantum. Elidia-se qualquer prova que baste, inclusive a testemunhal sob o Código de 1939 (4~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 14 de fevereiro de 1946, R. dos T, 162, 107). Cp. arts. 390-395, 364,

387-389. No Código de 1973, não se fala de “presunção de autenticidade”, o que estava no Código de 1939, art.

226. Mas nem toda eficácia de origem legal é absoluta (presunção iuris et de

iure). Há a presunção iuris tantum, contra a qual se permite a prova em contrário. Não se diga que não se pode produzir prova em contrário ao que está em certidões, traslados e reproduções.

5. Cópias e extratos O que se disse sobre certidões vale para as cópias, que são reproduções integrais dos documentos, e para os extratos, que são cópias parciais ou resumos deles. Na cópia está a permutabílídade material obtida pelo mesmo processo; na certidão, que é cópia escrita, assinada pelo escrivão, já se prescinde do mesmo processo. De nenhum dos três fica original em cartório de tabelião, ou escrivão, ou órgáo do Estado com fé pública, o que lhes tira a vantagem e o valor de serem permanentes a verificabilidade e a obtenção do original.

As fotocópias são cópias; estão, portanto, incluídas no que dissemos. Por outro lado tem-se de verificar se os instrumentos fotocopiados têm os requisitos materiais e formais para a eficácia que se lhes atribui. Isso não quer dizer que o original haja de estar registrado no registro de títulos e documentos e se precise juntar certidão, como pareceu à 2a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 25 de setembro de 1951 (R. dos T, 196, 278; R. F., 143, 294).

A fotocópia de instrumentos públicos será, ainda após a conferência, minus em relação aos instrumentos; de modo que não se justifica que junte fotocópia quem poderia tirar outra ou outras certidões. Se a própria repartição dá as certidões em fotocópias, então há certidões, e não fotocópias (cf. ~a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 11 de outubro de 1946, R. F., 110, 124, eA. J., 81,58). Outrossim, se do documento oficial não há certidão, tira-se (e. g., se se trata de passaporte); a fotocópia éadmissível, respeitado o art. 365.

Os originais correspondentes a fotocópias que constam dos autos podem ser juntos com as razões da apelação, ou no momento de se agravar ou contraminutar, ou de qualquer outro recurso (cf. 2B Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 2 de abril de 1946, R. dos T, 164, 289; R. F., 109, 138), ou entregues ao tribunal, se há interesse, por ocasião das defesas.

Fotografias de escritos são cópias; ou foram sujeitas às exigências do art. 365, III, ou apenas figuram como indícios. Fotografias de provas são indícios.

6. Valor probatório menor Pelo fato de dependerem da conferência pelo escrivão do processo, ou por outro escrivão, nomeado pelo juiz para a conferência, ou por

tabelião, as públicas-formas, ou mesmo os extratos e cópias, podem ter algum valor probatório, pois que o Código adotou o princípio da livre convicção do juiz (art.

131). Mas o documento mesmo é que prima. O assunto é objeto dos comentários aos arts. 383-389.

Art. 366. Quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público ~‘), nenhuma outra prova2), por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta3).

1. Instrumento público como elemento essencial O instrumento público pode ser empregado para atos jurídicos que não o exijam e para atos jurídicos a que a lei não o dispensa. Na ditima espécie, só o instrumento público constitui e prova, razão por que nenhuma outra prova, qualquer que seja, pode suprir-lhe a falta. Se, mesmo se perdido ou destruído o documento público, houve reprodução, autenticada pelo oficial público, ou conferida, em cartório, com os respectivos originais, não houve falta, porque a reprodução basta. Aí, o art. 366

não incide: trata-se do mesmo documento, pois reproduzir é produzir de novo.

2.Falta de instrumento público O art. 366 só alude à falta do instrumento público. Falta, aí, está em sentido de

“não feito”. Se houve instrumento público e queimou-Se O livro do cartório, outro é o problema.

3. Exigência negocial “Quando a lei exigir”, diz o art. 366. Pergunta-se: se a exigência foi negocial, j,cabe outra prova que a do instrumento público?

Se o instrumento público é da substância do negócio jurídico, por lei ou por convenção anterior, ou, até, declaração unilateral de vontade (e. g., o promitente da recompensa preestabeleceu que a decisão do concurso somente valeria se por escritura pública), a falta da escritura pública écausa de nulidade do negócio jurídico que se redigiu. Se algum direito, ou pretensão, oh ação, ou exceção, depende de ter-se feito registro, não é de eficácia contra terceiros que se trata, mas de eficácia irradiadora de direito, pretensão, ação ou exceção. Se o direito, a pretensão, ação ou exceção, já existe, e o de que se precisa é de eficácia contra terceiros e essa depende do registro, de regra esse só se exige em se tratando de

instrumento particular. Se esse registro é de mister ainda que se cogite de forma pública, a lei há de dizê-lo. Por aí se vê que a publicidade pelo instrumento nem sempre pareceu bastante ao legislador para haver a eficácia contra terceiros.

Se a exigência foi negocial, tem de ser respeitada pelos figurantes, e não se prova, com outro meio, o negócio jurídico a que impuseram os figurantes, ou o figurante que afastou a vinculação por instrumento particular.

Art. 367. O documento, feito por oficial público incompetente, ou sem a observância das formalidades legais, sendo subscrito pelas partes, tem a mesma eficácia probatória do documento particula?).

Art. 368. As declarações constantes do documento particular2), escrito e assinado, ou somente assinado, presumem-se verdadeiras em relação ao signatário.

Parágrafo único. Quando, todavia, contiver declaração de ciência3), relativa a determinado fato, o documento particular prova a declaração, mas não o fato declarado, competindo ao interessado em sua veracidade o ônus de provar o fato.

1.Subscrição pelos figurantes O art. 367 prevê que haja alguma pessoa, tida por oficial público competente sem no ser, que houvesse o documento, ou que o documento tenha sido sem as formalidades legais. A eficácia probatória de documento público não se produz, mas a lei admite que se reconheça a eficácia probatória de documento particular. De início, observe-se que tal instrumento tem de satisfazer todas as exigências que a lei faz, na espécie, ou mesmo no caso, à existência, validade e eficácia de instrumento particular (e. g., número de testemunhas).

2.Declaração em instrumento particular Se a lei, ou negócio jurídico não exigiu na espécie, ou no caso, o instrumento público, nem fez pressuposto de eficácia (talvez de validade e eficácia) algum requisito formal, há presunção de ser verdadeiro em relação ao signatário. Se o negócio jurídico é testamento particular, o direito material faz essenciais a escrita e a assinatura pelo testador (e não só a assinatura). O art. 368 não éinvocável.

Dá-se o mesmo com os codicilos.

3.Declaração de conhecimento e declaração de vontade O documento particular tem toda a eficácia no concernente às declarações de vontade e de sentimento. Quando a declaração é de conhecimento, relativo a determinado fato, há o elemento preponderante da cognição e o elemento menor, da declaração de conhecimento. Se a pessoa, por exemplo, no instrumento particular, ou mesmo público, enuncia que o imóvel que está vendendo foi beneficiado pela formação de ilha, ou acréscimos por depósitos, ou desvio de água do rio, ou de outra causa alusível, é eficaz a sua declaração de vontade, mesmo se tal fato não ocorreu, porém o enunciado de fato pode ser verdadeiro, ou não no ser, ou ter deixado de ser admissível. Por isso, prova há da declaração de vontade e da declaração de conhecimento, sem que, com tais declarações, haja prova do fato. Ao interessado toca o ônus de provar que era verídico o que afirmara; se o figurante contrário é que tem interesse, cabe-lhe provar que não ocorreu ou deixara de ocorrer o que se lhe declarara.

Art. 369. Reputa-se autêntico o documento, quando o tabelião reconhecer') a firma do signatário, declarando que foi aposta em sua presença2).

1. Firma reconhecida Se o tabelião reconhece a firma, com a declaração de que foi aposta em sua presença, atribui-se autenticidade a tal documento. Cabe ao tabelião verificar se no texto não há raspões, entrelinhas ou outras ocorrências que façam duvidoso o conteúdo; mas a eficácia do reconhecimento da firma é restrita à assinatura. Se lei ou negócio jurídico exigiu a escrita e a assinatura, ou testemunhas, a eficácia probatória é restrita à assinatura e não à autenticidade de todo o documento. Seria absurdo, por exemplo, que, tendo de ser assinado por testemunhas, no momento em que a pessoa assinou, pudesse o tabelião reconhecer, para invocação do art. 369, apenas a firma do declarante.

A despeito do que se lê no ai. 369, que reputa autêntico o documento, cuja firma do signatário foi reconhecida pelo tabelião, de modo nenhum se pode afastar a ação declaratória de falsidade do documento se a ação que se propõe é para se declarar a falsidade da assinatura do tabelião, ou mesmo a falsidade da firma do signatário, a despeito de o tabelião ter reconhecido a firma, que foi lançada em sua presença. Dir-se-á que não seria fácil provar-se a falsidade da firma do signatário, se o tabelião a reconheceu, ou a falsidade da firma do tabelião. Se se alega a falsidade da firma reconhecida, pede-se a declaração da falsidade, bem como a apuração da ilegitimidade do ato do tabelião, ou mesmo da falsidade da assinatura do tabelião. Não seria de admitir-se que o ato de fé pública fosse

inatacável. Nenhum órgáo do Estado pode ficar incólume às ações contra ele. Sobre o assunto, veja o que dissemos sob o art. 40, nota 12).

2. Reconhecimento de firma sem ser na presença Não se poderia interpretar o art. 369 como se houvesse afastado o reconhecimento de firma se o signatário não está presente. Tem-se de reputar autêntica a assinatura.

Art. 370. A data do documento particular, quando a seu respeito surgir dúvida ou impugnação entre os litigantes, provar-se-á por todos os meios de direito. Mas, em relação a terceiros2), considerar-se-á datado o documento particular’):

1 no dia em que foi registrado;

II desde a morte de algum dos signatários;

III a partir da impossibilidade física, que sobreveio a qualquer dos signatários;
IV da sua apresentação em repartição pública ou em juízo;

V do ato ou fato que estabeleça, de modo certo, a anterioridade da formação do documento.

1. Data e prova Se os litigantes discordam a respeito da data do documento particular, ou apenas há dúvida a respeito, qualquer interessado

pode suscitar a produção de provas, com quaisquer que sejam os meios. A dúvida pode ser também do juiz, ou só do juiz, e toca-lhe a determinação das providências.

A dúvida pode consistir em não ser verdadeira a data que consta do documento (e. g., foi apagada a que lá estava e posta outra), ou ter sido raspada ou alterada. A maior dúvida que pode surgir é a estar completamente em branco e sem rasura. Uma vez que se trata de eficácia perante os figurantes, os litigantes podem oferecer quaisquer meios de provas, inclusive depoimentos de testemunhas, quer constem do documento quer apenas tenham assistido à lavração e às assinaturas ou a alguma assinatura.

2. Data e terceiros A respeito de terceiros, deu-se especial referência à data do registro, porque, aí, embora tenha sido verdadeira a data do documento, pode o terceiro alegar que a eficácia é da data do registro. Outra espécie é a da morte de

algum dos signatários, ou do único signatário. Isso não põe de lado que o terceiro aquiesça em que se respeite a data da assinatura, se o registro não foi exigido como o único expediente para se estender a terceiros a eficácia. Dá-se o mesmo, se, em vez de morte, adveio impossibilidade física a qualquer dos signatários, ou do único signatário. Se foi apresentado em repartição pública, ou em juízo, com a menção do dia, ou do dia e hora, pelo funcionário público, o terceiro pode invocar o art. 370, IV. Mas isso não o priva, se é do seu interesse, de admitir a data inserta no documento. Por outro lado, se houve ato ou fato que revele a anterioridade do documento em relação a ele. Por exemplo: o negócio jurídico érelativo à garantia da bagagem para transporte, ou viagem, ou à compra de passagens, ou à festa de casamento ou de aniversário, realizada em determinado dia.

O art. 370, 2a parte, que é concernente a terceiros, é a favor deles, mas isso não afasta o seu interesse em que se acolha a data constante do documento. Adiante, art. 372.

O terceiro pode alegar e provar que a data indicada no documento particular não é a verdadeira. Por vezes, aparecem documentos a que os signatários entenderam pôr data anterior àquela em que concluíram o negócio jurídico. Isso pode acontecer mesmo em se tratando de negócio jurídico unilateral, de que é exemplo a assinatura da nota promissória ou do cheque que se datou de dia anterior, para que se dê eficácia à frente de outros títulos. AI, o interessado, que é terceiro, pode provar a anterioridade ou a posterioridade da formação do documento.

No Código Civil, háos arts. 135, 2B parte, e 1.067. A Lei n0 6.015, de 31 de dezembro de 1973, sobre os Registros Públicos, contém os arts. 127,a 1, 221, II e 223. Compreende-se que, sabendo-se quando faleceu o signatário, não se possa admitir que a data seja a do dia da morte ou de dia posterior (a redação do art. 370, II, do Código de Processo Civil foi defeituosa, por falar de “desde a morte”, pois a morte pode ter sido no início do dia, o que também pode acontecer com a impossibilidade física).

Quanto a ato ou fato que mostre a anterioridade da formação do documento, pense-se, por exemplo, no caso de assinatura por pessoa que viajou para outro país ou outro Estado-membro, uma vez que se tem certeza da data em que se ausentou. Se o signatário reside alhures e veio assinar o documento e voltou,

pode tal fato evidenciar a anterioridade do documento.

Art. 371. reputa-se autor do documento particular’):

1 aquele que ofez e o assinou;

II aquele por conta de quem foi feito, estando assinado; HI aquele que, mandando compô-lo, não o firmou, porque, conforme a experiência comum, não se costuma assinar, como livros comerciais e assentos domésticos2).

1.Autor do documento particular Tem-se como autor do documento particular a pessoa que o fez e assinou, ou que foi presentada ou representada na feitura e na assinatura. Bem assim, em se tratando de livros comerciais ou de assentos em livros, páginas ou fichários, usados em exercício de alguma profissão, ou de assentos domésticos, se há ordem para isso, escrita, oral, ou costumeira, mesmo sem qualquer assinatura (e. g., nota de compra, bilhete de entrada).

2. Documentos sem assinatura O que importa, para que incida o art. 371, III, é ser de praxe, pela natureza da função, quer se trate de livros comerciais, ou simples anotações, ou mesmo se apenas se entrega o bilhete, a ficha ou o recibo sem o nome de quem recebe e sem assinatura de quem expede.

O documento provém de pessoa que o fez, que o compôs, alguém o fez para si, ou o fez para outrem. Não se confunda tal pessoa que o fez para outrem como autor, figurante do negócio jurídico. Quem o fez pode também ser figurante, porém pode não no ser. A autoria, aí, não é só material. O figurante que lavra o documento insere elemento subjetivo e não só objetivo (dito material). A redação do documento pode ser por escrito, ou por datilografia, e até por impressão. Se a pessoa que assim funciona é apenas secretário, ou empregado, não se tem como autor: o autor ou fez e assinou o documento, ou incumbiu alguém de assiná-lo, ou, tratando-se de livros comerciais ou assuntos domésticos, não precisava assinar para que autor se reputasse. Não há autoria se quem assinou o fez como representante, ou presentante, ou incumbido de tal função como empregado ou funcionário, quem, em verdade, ou representa ou presenta. Redigir ou datilografar éinconfundível com assinar: quem assina ou o fez por si, ou por outrem. Portanto, signatário que não é figurante autor não é: ou representou ou presentou o autor.

No art. 371,111, fala-se de documento em que não há assinatura, porque não é de costume assinar-se, por exemplo, livro comercial e assento doméstico. No art. 335 há referência a regras de experiência comum, que resultam da observação do que ordinariamente acontece. Quanto aos assentos domésticos, entenda-se que são as cartas domésticas (art. 376), as anotações em cadernos domésticos, ou mesmo em folhas soltas, que se mantem para lembrança da ocorrência ou para prova, ou apontamentos de despesas. O que o art. 371, III, teve por fito foi exemplificar o que, conforme a experiência comum (art. 335), o que é costumeiro, se há de ter como prova o que não foi assinado. “Como livros comerciais e assentos domésticos”, há outros documentos particulares que fazem reputar-se autor determinada pessoa. Por exemplo: apontamentos, anotações, livros, fichas de sociedades civis, comerciais, de caridade, religiosas, científicas, éticas ou literárias, ou de pessoas que exercem profissão liberal (e. g., apontamentos ou livro de médico, de advogado, de construtor). Os profissionais liberais não costumam assinar o que lançam ou mandam lançar em cadernos, fichas ou outros elementos de escrita. Raramente se pode provar que não é autor quem fez o documento e o assinou. Pense-se, porém, em quem fez o documento e, tendo assinado, pensava que tal documento não estava na pasta dos que tinham de assinar. Teria de alegar e provar (dificilmente) que errara ao assiná-lo. Dá-se o mesmo se foi feito por outrem e o assinara.

Art. 372. Compete à parte, contra quem foi produzido documento particular, alegar, no prazo estabelecido’) no art. 390, se lhe admite ou não a autenticidade da assinatura e a veracidade do contexto; presumindo-se~ com o silêncio, que o tem por verdadeiro.

Parágrafo único. Cessa, todavia, a eficácia da admissão expressa ou tácita, se o documento houver sido obtido por erro, dolo ou coação2).

1. Prazo para a alegação Na contestação, ou no prazo de dez dias, contados da intimação pela juntada nos autos tem a parte de alegar a inautenticidade da assinatura ou não haver veracidade do contexto do documento particular. Idem, se apenas há dúvida (art. 370). Se o não faz, há a presunção de ser verdadeiro.

Quando se fala de autenticidade de documento apenas se alude àveracidade da assinatura, mas pode ocorrer que não se possa negar ser autêntica a assinatura, porém não ser verdadeiro o conteúdo. Por exemplo: B assinou o documento e nele não estava aquilo que depois foi posto, ou mesmo assinou o documento que

continha duas, três ou mais partes e cortou-se o papel, de modo que a ressalva que vinha antes não mais lá está, devido ao corte. No art. 390 e no art. 392, há o prazo de dez dias para arguição de falsidade, contado da intimação da juntada aos autos e o mesmo prazo para a resposta da parte que produziu o documento, contado da intimação. Nada tem tal prazo com quem não foi intimado para a juntada. Se houve produção na petição inicial, é ao interessado que cabe suscitar, na contestação, o incidente de falsidade (o prazo é de quinze dias, art. 297).

Sempre que não correu o prazo para contestar, ou para arguir incidentalmente a falsidade, pode o interessado juridicamente propor ação de declaração de falsidade, ou de decretação de invalidade, bem como a ação de exibição (arts. 355-363).

2. Inveracidade, anulabilidade do documento e rescisoriedade da sentença Quer o documento tenha sido expressamente aceito, ou tacitamente admitido, inclusive pela expiração do prazo, quer tenha sido afastada a dúvida do juiz, nada obsta a que se suscite o incidente de falsidade (arts. 390-395), ou que se proponha ação de nulidade ou de anulação, à semelhança do que ocorre com a confissão (art. 352, 1), ou, se trânsita em julgado a sentença, a ação rescisória, uma vez que o caso caiba no art. 485, III, ou VI, ou VII, ou IX.

A despeito das regras jurídicas do art. 372 sobre a preclusão para impugnação do documento particular, o parágrafo único do art. 372 permite que, tendo havido admissão expressa ou tácita do documento particular, possa agir o interessado se ainda pende o processo, ou mesmo se já se ultimou, ou se tratando de dolo (ação rescisória, art. 485, III, sobre sentença rescindenda, resultante de dolo da parte vencedora), ou de outra causa da rescindibilidade (art. 485, IV, VI, VII, sobre obtenção de documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável, IX, e §~ 1~ e 20, sobre erro de fato, resultante de documento da causa). Se o processo ainda está pendente, tem de ser observado o que se estatui nos arts. 390-395, pois que o incidente de falsidade é em qualquer grau de jurisdição. Há o art. 50 onde se diz que, “se, no curso do processo, se tomar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide, qualquer das partes pode requerer que o juiz a declare por sentença”. Aí, há suspensão do processo (art. 265, IV, a).

Profenda a sentença, ou proferido o acórdão, com o trânsito em julgado só se

pode cogitar de ação rescisória.

Quanto aos arts. 390-395, só se referem à ação declaratória incidental (falsidade ou autenticidade do documento). Fora daí, como se o réu argúi a invalidade do documento, porterhavido dolo, erro ou coação, tem de fazê-lo na contestação. Se o não fez mas pende ação de invalidade, pois que, trânsita em julgado, a sentença na outra ação beneficia o réu da ação pendente (e.g., ficam provados o erro, o dolo ou a coação com que se fez o documento produzido na ação proposta por outro figurante do mesmo contrato).

Art. 373. Ressalvado o disposto no parágrafo único do artigo anterior, o documento particular'), de cuja autenticidade se não duvida, prova que o seu autor fez a declaração, que lhe é atribuida.

Parágrafo único. O documento particular, admitido expressa ou tacitamente, é indivisível2), sendo defeso à pane, que pretende utilizar-se dele, aceitar os fatos que lhe são favorá veis e recusar os que são contrários ao seu interesse, salvo se provar que estes se não verificaram.

1.Documento particular e prova da declaração O documento particular, uma vez que seja de forma que, na espécie, não infrinja a lei, faz prova de declaração, quer de vontade, quer de conhecimento, se não há dúvida sobre a autenticidade. Se alguma regra jurídica, de direito material, exige, na espécie, que se atenda a alguma finalidade, sem ser apenas a da assinatura, somente tem a eficácia probatória, a que alude o art. 373, se foi respeitada a regra jurídica e não há dúvida quanto à autenticidade. Aliás, pode acontecer o que se prevê no art.

372, parágrafo único. Cumpre, porém advertir-se que, com a dúvida, se não foi desfeita pela incidência do art.

372, não se presume inautêntico o documento. Houve prazo para a alegação. Aí, a dúvida, se persistiu, não mais retira a eficácia do documento particular.

2.Indivisibilidade do documento particular Quer se trate de documento particular a que a outra parte reconheceu existência, validade e eficácia, quer de documento particular que, tacitamente, inclusive pela falta de alegação contrária (art. 372), os seus elementos contenutísticos São inseparáveis, o que leva ao princípio da indivisibilidade do documento particular. A parte não pode admitir a

cláusula a, e rejeitar a cláusula b, nem que a manação de fatos, que constam do documento, só é verdadeira a respeito do fato a ou do fato b, e não dos outros. Todavia, pode empregar o incidente de falsidade, dentro do prazo (arts. 390-395), a respeito do fato c, ou d, e. g., por ter havido aumento no documento; ou alguma prova da incorrencia do fato d.

Art. 374. O telegrama; o radiograma ou qualquer outro meio de transmissão') têm a mesma força probatória do documento particular, se o original constante da estação expedidora foi assinado pelo remetente.

Parágrafo único. A firma do remetente2) poderá ser reconhecida pelo tabelião, declarando-se essa circunstância no original depositado na estação expedidora.

Art. 375. O telegrama ou o radiograma presume-se conforme o original, provando a data de sua expedição e do recebimento pelo destinatário.

1. Telegrama, radiograma ou qualquer outro meio de transmissão As estações telegráficas, radiográficas, ou quaisquer outras têm de exigir que o transmitente assine o original.

Seria de graves conseq~iências que se não pudesse apurar quem, na verdade, passou o telegrama, ou o radiograma, ou Outro meio de transmissão. Pode acontecer que o assinante, mesmo na presença do empregado da expedidora, não tenha posto o seu nome, mas sim o de outrem, ou que o transmitente tenha usado de alguém para levar ao telégrafo, ou a qualquer expedidora, o original devidamente assinado por ele, ou com o nome de outrem. Mais ainda: que o transmitente seja pessoa jurídica e conste do original nome que seria o de algum órgáo, ou representante, e não fosse verídica a assinatura. Por aí se chega a muitos problemas que se referem à força probatória dos telegramas, radiogramas e outros meios de transmissão.'74

Tinha-se de aludir à eficácia probatória do telegrama, ou do radiograma, ou de qualquer outro meio de transmissão, à semelhança do documento

174 Incluem-se dentre esses meios o telex e o telefax (também chamado fac-símile, ou fax), este de uso disseminado nos dias correntes. A torça probatória do telefax é relativa, devendo ser estimada à luz do art. 131. Se o fax prova o momento da transmissão, que fica registrado na matriz e no destino, só por si

não prova quem o expediu ou o recebeu. A regra do art. 374 só incide, quanto ao fax e aos meios de transmissão nele referidos, se houver possibilidade de confronto com o original, retido na estação expedidora. Sobre o uso do fax para a prática de atos processuais, vd. as notas de Theotonio Negrão ao art. 297, nas pp. 297 e 298 da 27 cd. do seu CPC, já citado.

particular, mas frisando-se que apenas se supóe que o original que está na estação expedidora foi assinado pelo remetente, que é aquele em nome de quem foi expedido, ou por alguém que o represente ou o apresente (e.g., presidente ou diretor da empresa, de que é órgãos). Se há impugnação, uma das primeiras medidas é a de o juiz requisitar cópia do original arquivado na estação expedidora (art. 399,1). Advirta-se que o telegrama, o radiograma ou outro meio de transmissão pode ter sido a proposta ou a aceitação de algum negócio jurídico bilateral ou multilateral ou apenas unilateral declaração de vontade. Em tais hipóteses, tem-se de atender ao que o direito material estabelece para os negócios jurídicos, inclusive quanto à sua forma. Pergunta-se: ~,pode o remetente ter feito declaração de vontade perante tabelião e tal instrumento poder ter a eficácia do documento público? Na Constituição de 1967, com a Emenda n0 1, o art. 153, § 90 estabelece que éinviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas.’75 Mas isto de modo nenhum obsta a que se remeta telegrama, ou radiograma, ou outro meio de comunicação, e o destinatário peça as medidas para a comprovação da autenticidade. O original ficou arquivado, quer se trate de documento particular, cuja assinatura foi reconhecida pelo tabelião, ou se o original consistiu em documento público. A inviolabilidade está no art. 55 da Lei n0 4.117, de 27 de agosto de 1962 (Código Brasileiro de Telecomunicações), como resulta do texto constitucional. Há os arts. 56 e 57 sobre crimes e os arts. 58-72 que tiveram outra redação (Decreto n0

235, de 28 de fevereiro de 1967).

Afaste-se opinião que, diante dos textos do Código de Processo Civil, não se possa levar à estação expedidora documento que foi lavrado em tabelionato e assinado pelo remetente.

A regra jurídica do art. 375 há de ser entendida ante as regras jurídicas do art. 374, porque se trata, em primeiro lugar, de presunção, iuris tantum:

tem-se como autêntico, até que se prove o contrário, o documento de transmissão. Hão de constar do documento a data da expedição e a data do recebimento pelo destinatário.

2. Assinatura do remetente Já dissemos que há a presunção de autenticidade, conforme o art. 375. Para que se produza a eficácia probatória, não só presuntiva, de documento particular, é preciso que haja prova de ter sido assinada pelo remetente. Para isso, pode o remetente levar à estação o original, assinado, com reconhecimento de firma por tabelião, o que há de constar do original; ou a parte interessada na eficácia probatória do documento transmitido ter feito reconhecer-se por tabelião a assinatura do original, ao que a expedidora não pode recusar-se; ou o juiz determinar, de ofício ou a requerimento da parte, que a expedidora exiba o documento original, ou fotocópia, ou que se proceda à verificação, inclusive o exame pelo tabelião para que reconheça a firma, em alguma perícia.

Art. 376. As cartas'), bem como os registros domésticos, provam contra quem os escreveu quando'): 1 enunciam o recebimento de um crédito;

II contêm anotação, que visa a suprir afalta de título em favor de quem é apontado como credor; III expressam conhecimento de fatos para os quais não se exija determinada prova.

1.Cartas Se em carta ou em registro doméstico está a declaração do recebimento de um crédito (e. g., pagamento), há o apontamento de alguém como credor, ou há comunicação de conhecimento relativo a fato, para cuja prova não seja exigido meio probatório especial (e. g., não éobrigatório o documento assinado pelo declarante e por testemunhas), a carta ou registro doméstico faz prova a favor do devedor.A prova é a favor de outrem, e não de quem escreveu e assinou ou só assinou a carta, ou fez o registro doméstico. Nemo sibi titulum constituil. Pergunta-se: j,de modo nenhum a carta ou o lançamento é elemento para a prova a favor do signatário ou lançador? Negar-se qualquer efeito para possível contribuição à prova, seria demasiadamente radical tal solução negativa. Também não seria de admitir-se valor probatório a favor de quem escreveu. Contra essas duas opiniões temos de não negar que se trata de fato, de ocorrência, de circunstância, que se tem de examinar em juízo (Código Civil, art. 136, IV), e o art. 332 do Código de Processo Civil estatui:

“Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.” As cartas e os lançamentos de que cogita o art. 376 são prova contra quem escreveu ou assinou, não contra a outra pessoa; porém não se confunda a prova com algum elemento contributivo para a apreciação das provas pelo juiz.

As cartas são quaisquer, tenham sido escritas, ou, não, pelo signatário, como acontece se foi secretário que escreveu, ou se foi datilografada pelo signatário ou por outrem. Pode acontecer que se trate de canas impressas a que apenas se aguarda a assinatura do remetente.

No art. 376 há referência a “carta, bem como registros domésticos”. Não se leia o texto como se lá estivesse “as cartas e os registros domésticos”, de modo que se tenham de considerar incluídas apenas as cartas domésticas.

Seria de repelir-se tal adjetivação. Aliás, “domésticos”, como adjetivo de registros, não é só no sentido de feitos em residência ou domicílio, ou entregues à empregada ou ao mordomo. As cartas são as que se remetem pelo correio, ou as que são entregues por empresas ou pessoa física encarregada, ou pelo próprio signatário. A respeito do próprio “registro doméstico” devemos afastar referência exclusiva a residência ou domicilio. Pode ser a carta enviada ao escritório, ou ao gabinete, ou a outro lugar em que se exerce profissão, ou ao próprio banco, ou restaurante, em que se costuma entregar, ou ficou assente que o fosse. Quanto ao registro, pode ser em livro de contabilidade ou para qualquer ocorrência, ou simples caderno ou folhas de anotações. Abstraia-se do sentido estrito de doméstico.

Os arts. 378-381 são relativos aos livros comerciais.

2. Exemplificação Se no escritório, ou na residência do credor, há livro em que se menciona o recebimento de alguma quantia, ou cheque, ou ordem de pagamento, e está lançado que a pessoa, ou secretária, ou empregado, com poderes para isso, recebeu a quantia, ou o cheque, ou outro meio de solução da dívida, tem-se como provado o que aconteceu. Mas isso não afasta a alegação de inexistência, ou de invalidade (art. 372, parágrafo único), ou de ineficácia da prestação.

Se no título que o credor apresenta faltou alguma explicitação, pode a parte credora apresentar a anotação que foi feita no título, ou em carta, ou em registro doméstico, bem como, se não há o título, a carta ou a anotação pode supri-la.

Se não é de exigir-se determinada prova, a carta ou a anotação basta.’76

No art. 376 fala-se de cartas e registros que provam “contra quem os escreveu”, porém não se há de tirar daí que o art. 376 só se destina a regular a prova fornecida por cartas não assinadas (sem razão, Moacyr Amaral Santos, , Tomo IV, 198). De regra, as cartas são assinadas; raramente os remetentes apenas escrevem as cartas.

Por outro lado, não é de invocar-se, para só se falar de cartas escritas, pelo que há de sofrer a eficácia conforme o art. 376, o que consta do art. 368, porque no art. 368 se alude a “documento particular”, de que constam

176 Pode-se lembrar aqui que também as cartas, quando documentam obrrgaçio de soma em dinheiro. ou de entrega de coisa fungfvel ou de bem móvel, constituem prova suficiente para a aç5o monitória, conforme o art. 1. 102a, enxertado no Código pelo art. jO da Lei n0 9.079, de 14.7.95.

declarações negociais. Tanto assim se há de entender, que, no parágrafo único do art. 368, se adverte: “Quando, todavia, contiver declaração de ciência, relativa a determinado fato, o documento particular prova a declaração, mas não o fato declarado, competindo ao interessado em sua veracidade o ônus de provar o fato.”

O art. 368 refere-se às declarações de vontade, ao passo que o parágrafo único se restringe a declaração de conhecimento (“declaração de ciência”).

O art. 376,1 e II, concerne a declarações de vontade e de conhecimento; o art. 376, III, põe-se diante do art.

368, parágrafo único.

Advirta-se que as cartas têm eficácia além do que se diz no art. 376, 1 e III, isto é, se não se trata de enunciado de recebimento de crédito, nem de conhecimento de fato para o qual não se exija determinada prova. No Código Comercial, art. 122, 4, diz-se que os contratos comerciais podem provar-se por correspondência

epistolar”. Interpretando tal regra jurídica, escrevemos no Tratado de Direito Privado, Tomo XXXVIII, § 4.206, 3: “cartas são escritos particulares, que podem conter, ou não, manifestações de vontade de que resultem negócios jurídicos.’77 A carta pode, só por si, manifestar vontade, que gere negócio jurídico unilateral, ou oferta, ou aceitação (manifestações de vontade para a conclusão de negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais). Dá-se o mesmo com os telegramas, quer se trate de cabograma, quer de radiograma. O

comerciante, que os expede, tem o dever de lançar no copiador o conteúdo do que pediu, como o tem quanto àguarda ou arquivamento dos que recebeu. Desde a legislação de 1860 (Decreto n0 2.614, de 21 de julho de 1860) que não se pode deixar de incluir o telegrama como meio de prova, como instrumento particular. Tem-se de distinguir da data da transmissão, que é a do recibo da repartição ou da empresa, a data da recepção, que há de constar da parte destacável do telegrama, que fica com a repartição ou com a empresa. Se se contesta a autenticidade do telegrama, tem-se de requisitar o texto que foi entregue àrepartição ou à empresa. Se porventura não mais existe, ou não é encontrado, há a presunção de ser verdadeiro, presunção hominis (cf.

Parecer de Carlos de Carvalho, Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, 4 de abril de 1894, J. do C., 8 de maio de 1894). A pessoa que vai passar o telegrama assinado pode providenciar para que o assinem duas testemunhas, a fim de reforçar-lhe o valor probante”.

No Código Civil, o art. 131 foi explícito: “As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários”. O signatário pode ser um só, como acontece nas declarações unilaterais de vontade, ou nas propostas ou nas aceitações; e podem ser duas ou mais pessoas os signatários. No parágrafo único acrescenta-se: “Não tendo relação direta, porém, com as disposições principais, ou com a legitimidade das partes, as declarações enunciativas não eximem os interessados em sua veracidade do ônus de prová-las”.

Nos atos jurídicos, ainda quando não se trate de comunicações de fatos, ou de exteriorizações de representação, há, ao lado do elemento volitivo, enunciados de fato, tais como a declaração do vendedor de que a coisa vendida tem a dimensão tal, ou a qualidade tal. Tais enunciados de fato, feitos explícita (declarados, isto é, de modo claro) ou implicitamente, ou são verdadeiros, ou são

falsos. Tais enunciados de fato podem ter grande relevo jurídico, como se dão ensejo a erro e, pois, à anulabilidade do ato jurídico (arts. 86-91), ou à condictio indebiti (repetição por enriquecimento injustificado, art. 965), ou à tutela da boa-fé, à tutela do devedor no direito do credor (e. g., art. 1.071), à tutela dos que tratam com o representante (art. 1.321), dos que de boa-fé casam invalidamente (casamento putativo, art.221), à tutela dos que possuem bens como próprios (arts. 551 e 618).

O ato jurídico pode e há de conter algum enunciado de fato, ainda que implícito. Não se vende alguma coisa sem se dizer o que é que se vende, qualidade e quantidade. Se a verificação é da presença dos figurantes, ou por eles feita, há simultaneidade ou imediatidade do enunciado de fato e da afirmação da verdade: afirmou-se, verificando-se; ou afirmou-se, verificou-se; ou verificou-se e afirmou-se. Se um só dos figurantes afirma e o outro admite, crendo na afirmação, não se retira a esse outro o verificar, depois, se a afirmação foi verdadeira, ou falsa. Uma vez, porém, que não houve, desde logo, afirmação contrária, tem-se de partir da presunção de que o enunciado do fato, que se inseriu no ato jurídico, ou que o ato jurídico supõe, seja verdadeiro. Daí a regra jurídica do art. 131 do Código Civil: “As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários.” A presunção de verdade é iuris tantutn, o que recebeu o enunciado de verdade pode elidi-la com prova contrária; e só opera entre os que figuram no ato: contra os terceiros não há a presunção. Em virtude do Código Civil, art. 131, o ônus de alegar e provar que a declaração constante do documento assinado não é verdadeira incumbe ao figurante, que a tem por falsa. Pode dar-se, porém, que o enunciado de fato não se refira ao figurante, nem tenha relação direta com o objeto do ato jurídico. Então não há presunção iuris tantum: o que o afirmou tem o ônus de prová-la. Daí dizer-se no Código Civil, art. 131, parágrafo único: “Não tendo relação direta, porém, com as disposições principais, ou com a legitimidade das partes, as declarações enunciativas não eximem os interessados em sua veracidade do ônus de prová-las”. O art.

131 do Código Civil nada tem com as manifestações de vontade. Se alguém assina documento de reconhecimento de dívida, tal documento prova o ato jurídico declaratório, o reconhecimento constitutivo, ou por si não é mais do que dação de meio de prova, caso em que está sujeito à livre apreciação do juiz (Código de Processo Civil, art. 131). O art. 131 do Código Civil estabelece

presunção iuris tantum quanto aos enunciados de fato; nada tem com o ato jurídico em si. Por isso mesmo, ou se trate de reconhecimento que seja simples dação de meio de prova, ou de negócio jurídico declaratório, ou constitutivo, não se pode invocar o Código Civil, art. 131, salvo se naquele, ou nesse negócio jurídico, há alguma "declaração enunciativa" (= declaração de enunciado de fato) que possa ser considerada verdadeira ou falsa. A 28 Turma do Supremo Tribunal Federal, a 10 de setembro de 1948 (R. F., 129, 102), não entendeu o Código Civil, art. 131, crendo, levada por intérpretes apressados, que o art. 131 é que faz o documento provar o ato jurídico. Idem, o voto vencido ao acórdão da 2a Câmara do Tribunal de Apelação de Pernambuco, a 14 de abril de 1946 (A. F., 19, 215). Nem o art. 131 tem qualquer coisa com o princípio Pacta sunt servanda, ou com a proposição "o contrato é lei entre as partes", com que se desviaria o problema técnico da interpretação do art. 131 (e. g., 28 Câmara do Tribunal de Justiça do Paraná, 26 de novembro de 1946, Paraná J., 45, 59). Erro mais grave foi o da ía Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, a 27 de novembro de 1935 (R. dos T, 105, 525), que leu o art. 131 como se nele fosse proibido dar-se prova contra o que se diz nos documentos assinados (ainda depois, 38 Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 8 de março de 1948, R. dos T., 173, 698).

A data é enunciado de fato; admite-se a elisão da presunção pela prova em contrário (68 Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 18 de junho de 1948, R. dos T., 176, 274). As declarações de qualificação do signatário são enunciados de fato. Não assim, a disposição, que é ato volitivo (l~ Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 28 de setembro de 1948, R. dos T., 177, 712).

A presunção do art. 131 do Código Civil é erga omnes; não só entre os figurantes. Pode C provar a data de nascimento de A exibindo contrato de A com B em que A diz qual a idade que tem. Se A alega que foi falsa a declaração incumbe-lhe a prova. Se B entende que A mentiu, tem de dar a prova em contrário. Se bem que quase só invoque o art. 131 entre os figurantes, nada obsta a que terceiro o invoque. E óbvio que o art. 131

exige a assinatura daquele que faz o enunciado de fato. Se datilografada, ou de mão alheia o documento, a página em que se contém o enunciado de fato precisa estar, pelo menos, rubricada.

Art. 377. A nota escrita pelo credor em qualquer parte de documento')

representativo de obrigação, ainda que não assinada, faz prova em beneficio do devedor.

Parágrafo único. Aplica-se esta regra tanto para o documento, que o credor conservar em seu poder, como para aquele que se achar em poder do devedor2).

1.Nota em documento Se há documento de dívida e nele se apôs nota escrita pelo credor, em qualquer parte do documento, o Código, no art. 377, atribui a tal nota, escrita pelo credor, eficácia probatória a favor do devedor.

Havemos de interpretar tal regra jurídica como, tendo como um dos elementos do suporte fáctico, ter sido o documento assinado pelo devedor, porque o documento não-assinado seria apenas documento de punctaçáo. O

que se teve por fito foi dar-se eficácia probatória ao que o credor lançou no documento, o que beneficiaria o devedor. Por exemplo: “Recebi x de B”; “B tem mais dias de prazo para pagar”; “A dívida está quitada”; “Este documento já não tem valor, porque B emitiu um cheque ao portador”; “Este documento foi apenas para eu usá-lo em desconto no Banco C”.

2. Guarda do documento Conforme o art. 377, parágrafo único, não importa para a eficácia probatória da nota se o documento se achava ou se acha com o credor ou com o devedor. Mas, acrescentamos: ou mesmo terceiro, porque o documento pode ter sido objeto de desconto em banco, ou ter sido a dívida assumida por outrem (assunção de divida).

O documento pode ser título que pertence ao devedor, como se foram feitas duas vias e uma delas com ele ficou (e. g., contrato de locação cuja segunda via está com o locatário, contrato de compra-e-venda em que há prestações sucessivas e do recibo inicial consta anotação em que o credor diz ter recebido outra ou o restante).

A anotação pode ser sem assinatura, e sem data: a letra é que importa, quer seja do próprio credor, quer de quem o presente ou represente. Referimos à presentação, porque já ocorreu que a empresa que foi presentada por um dos diretores fez a anotação através de diretor que substituira o outro. Assim, se o título está como devedor e houve a nota escrita, há prova a favor dele. De qualquer modo, se foi gerente, secretário, funcionário, ou mandatário do credor,

tal relação jurídica tem de ser alegada e provada, se o credor a negar. A prova pode ser feita por

qualquer meio, inclusive testemunha, ou presunção (cf. Código Civil, art. 136; Código de Processo Civil, arts.

332 e 335).

Se o documento está em mãos do credor, dá-se o mesmo se as anotações, embora não datadas e assinadas por ele: fazem prova a beneficio do devedor. Pense-se na nota promissória em que o promissário pôs “recebi x, por conta do débito”, ou “recebi o total da dívida”. Não se há de exigir data nem assinatura; basta a nota escrita. O

que acima dissemos quanto ao título que se acha com o devedor e a anotação foi feita por pessoa autorizada pelo credor, também se há de entender a respeito do título que se acha em poder do credor. Aí, quem apresenta o título é o credor, pois que está com ele, e, se nada alega contra a anotação, a prova está feita. Presumiu-se que reconheceu a nota escrita, com a eficácia probatória. Pode acontecer que o credor apresente o titulo e algo argúa contra a nota escrita. Pode dar-se que o apresentante seja sucessor, em vida ou a causa de morte, de quem foi o credor; e até mesmo que a nota escrita tenha partido de quem o sucedeu. A liberação só se admite se foi feita pelo autor, ou por quem o presente ou represente, ou por sucessor, de acordo com a lei.

Quanto ao credor ter cancelado a nota escrita que pusera, surge o problema de ter sido com razão, ou sem razão, a atitude do credor: o art. 377, parágrafo único, não é aplicável desde logo, porque se pode discutir a sua incidência. Pode ser provada a má-fé e até mesmo o dolo do credor. Por exemplo: o devedor emitira cheque a favor do credor, para que o credor pusesse a nota escrita. Temos, ai, apenas um exemplo do cancelamento nulo, por ser ilícito o seu objeto (Código Civil, art. 145, II, 18 parte).

Se o título, que se achava com o credor, já fora entregue ao devedor e nele havia anotação, que foi ou não foi cancelada, tem-se de atender ao Código Civil, art. 945: “A entrega do título ao devedor firma a presunção do pagamento”. Cf. art. 1.053 e o Código Comercial, art. 434. Há ainda o art. 945, § 1~, do Código Civil: “Ficará, porém, sem efeito a quitação assim operada se o credor provar, dentro

de 60 dias, o não pagamento”.

Art. 378. Os livros comerciais’) provam contra o seu autor. É lícito ao comerciante, todavia, demonstrar, por todos os meios permitidos em direito, que os lançamentos não correspondem àverdade dos fatos.

Art. 379. Os livros comerciais, que preencham os requisitos exigidos por lei, provam também a favor do seu autor no litígio entre comerciantes2).

1. Livros comerciais e prova contra a empresa comercial Há implícita remissão ao direito material. Todavia, a regra jurídica do art. 378 foi acertada, porque pode ocorrer que empregado ou mesmo sócio da empresa haja alterado algum lançamento do livro, ou inserto nele o que não devia. A prova tem de ser feita conforme os

“meios permitidos em direito”, isto é, em direito material e em direito processual. Ao juiz cabe apenas a verdade dos fatos. Frise-se que o art. 378 só se refere à eficácia probatória contra o autor, isto é, o comerciante a que pertencem os livros, ou a que pertence o livro.

A prova de que cogita o art. 378 é contra o comerciante dito autor, ou seus sucessores. Ai a sucessão pode ser inter vivos ou causa mortis. Quem comprou a empresa, ou a incorporou à sua, ou a trocou pela sua, assume a responsabilidade pelo que consta dos livros comerciais. Qual a natureza do que consta dos lançamentos não importa: pode tratar-se de qualquer outro ramo jurídico e não só do comercial (e. g., o que o comerciante adquiriu de quem não era comerciante, o que se refere a empréstimo feito a pessoa que não é comerciante).

Quanto aos sucessores, veja-se o art. 23, 1, do Código Comercial. É de repelir-se a opinião que vê na regra jurídica do art. 378 “confissão”. Trata-se de assentamentos, de registros e complementos. O que aí ocorre é declaração escrita, que se dirige a todos e não se há de pensar em confissão. perguntase: i,se os livros comerciais são irregulares, a irregularidade não pode ser alegada contra os que invocam o art. 378? O art. 379

prevê que haja livros que preencham os requisitos legais, e só eles podem conter provas a favor de seu autor.

2.Livros comerciais e prova a favor da empresa comercial No litígio contra comerciantes, a empresa a que pertencem pode invocar o que deles consta como prova a seu favor, se eles satisfizeram e satisfazem todos os requisitos que a lei exige. A lei, aí, não é a de direito comercial; pode ser, por exemplo, de direito administrativo ou alfandegário. Isso não quer dizer que não se possa dar ao outro comerciante a possibilidade de alegar que, a despeito de satisfeitos todos os pressupostos legais, não é verdade o que consta do livro, ou dos livros. Não se compreenderia que tal permissão haja para a empresa, de que são os livros, e não para a outra empresa que com ela litiga.

A outra empresa litigante, que também é comerciante, pode ter no seu livro, ou num dos seus livros, exatamente o contr~irio, no todo ou em parte, do que consta do livro do outro litigante. Há, aí, dois meios de prova que se conflitam; e pode mesmo haver outro meio de prova suficiente contra o que se pusera no livro (e. g., o comerciante que se vale do art. 379 havia, em carta ou recibo, ou telegrama, ou radiograma, ou declaração gravada,afastado o que teria valor probatório conforme o que pusera no livro). Mais ainda: conforme aos arts.

390-395 pode ocorrer o incidente de falsidade. Não se invoque o art. 352, porque é concernente à confissão, e não a outros meios de prova, posto que possa dar motivos para se reputar falso, nulo ou ineficaz o que se pusera no livro. A parte final do art. 378 disse o suficiente:

é licito ao comerciante, todavia, demonstrar por todos os meios permitidos em direito, que os lançamentos não correspondem à verdade dos fatos. Se o comerciante-autor tem tal legitimação, havemos de entender que a tem o outro comerciante, pois se o que consta do livro prova contra o seu autor, seria absurdo que fosse prova absoluta contra o outro comerciante.

Finalmente, frisemos que o art. 379 só se refere a litígio entre comerciantes.

Os requisitos exigidos por lei são os que se apontam no Código Comercial, art. 23, cujo texto completo convém que se reproduza: “Os dois livros mencionados no art. 11 o “Diário” e o “Copiador” de cartas (o uso obrigatório deste foi abolido pelo Decreto-lei n0 486, de 3 de março de 1969) que se acharem com as formalidades prescritas no art. 13, sem vício nem defeito, escriturados na forma determinada no art. 14, e em perfeita harmonia uns com os outros, fazem prova plena: 1 Contra as pessoas que deles forem proprietários, originariamente ou por

sucessão; 2 Contra comerciantes, com quem os proprietários, por si ou por seus antecessores, tiverem ou houverem tido transações mercantis, se os assentos respectivos se referirem a documentos existentes que mostrem a natureza das mesmas transações, e os proprietários provarem, também por documentos, que não foram omissos em dar em tempo competente os avisos necessários, e que a parte contrária os recebeu. 3 Contra pessoas não comerciantes, se os assentos forem comprovados por algum documento, que só por si não possa fazer prova plena". O que mais interessa aos comentários ao art. 379 é o inciso 2 do art. 23 do Código Comercial.

O art. 379 só se refere a litígio entre comerciantes. Se o litígio não écontra comerciante, tem-se de atender ao art. 23, 3, do Código Comercial. Então, os assentos apenas servem ao comerciante para, diante de documento que por si só não possa provar plenamente, esse documento comprovar o assento. Se o documento basta à prova plena, em nada se pode pensar quanto ao assento, pois seria invocação supérflua.

Advirta-se que a prova resultante dos livros não existe nos casos em que a lei exige escritura pública ou escrito particular revestido de requisitos (Código Comercial, art. 24).Acima falamos, sob o art. 378, das arguições contra a invocação da eficácia probatória. Aqui temos de lembrar o art. 25 do Código Comercial:

"Ilide-se a fé dos mesmos livros, nos casos compreendidos no n0 2 do art. 23, por documento sem vício, por onde se mostre que os assentos contestados são falsos ou menos exatos; e quanto aos casos compreendidos na disposição odo n 3 do mesmo artigo, por qualquer gênero de prova admitida em comércio Art. 380. A escrituração contábil') é indivisível; se dos fatos que resultam dos lançamentos, uns são favoráveis ao interesse de seu autor e outros lhe são contrários, ambos serão considerados em conjunto como unidade2).

1. Escrituração contabil A regra jurídica prevê as espécies em que a contabilidade revela que há lançamentos favoráveis e lançamentos desfavoráveis a uma das partes; a que pertence à escrituração contábil, para impor que se tenham como conteúdo indivisível. Tem-se de apreciar o todo, de modo que se afasta ter-se de admitir o que é favorável e refugar-se o que é desfavorável.

O lançamento pode ser em parte favorável ao autor e em parte desfavorável.

Uma vez que se trata de escrituração contábil, seria de exprobrar-se que se admita a prova oriunda de uma parte dos lançamentos e não se admita a outra. Não se há de aceitar em parte, nem se há de rejeitar em parte. O que é essencial, para que se invoque o art. 380, é que se trate de fatos a que se refere o lançamento ou a que se referem os lançamentos. Se os lançamentos são a respeito, de fatos distintos e inconfundíveis, há divisão, de modo que não se pode pensar em indivisibilidade. Passemos a exemplos: a) se dos lançamentos consta que B comprou x mercadorias e foram entregnes apenas dois terços, não se pode usar o que lá se apontou como se só se houvesse entregue um terço, ou que se prestara tudo; b) se no livro está escrito que o comprador de x mercadorias apenas pagara parte do preço, não se há de arguir que o preço foi todo pago. Se houve dois lançamentos, um de compra de mercadorias a e outro de mercadorias b, sendo o preço um só, não há divisibilidade. Aliter, se a cada compra correspondeu um preço, pois ai houve duplicidade de negócio jurídico.

2. Admissão do todo Se a parte contrária, a despeito do que lhe édesfavorável, admite a prova total, sofre as consequências da desfavorabilidade parcial, sem que a outra parte, afortiori, possa referir-se ao que lhe é favorável e afastar o que lhe é desfavorável.

Art. 381. O juiz pode ordenar, a requerimento da parte, a exibição integral’) dos livros comerciais e dos documentos do arquivo:

1 na liquidação de sociedade;

II na sucessão por morte de sócio;

III quando e como determinar a lei.

Art. 382. O juiz pode, de oicio, ordenar à parte a exibição parcial2) dos livros e documentos, extraindo-se deles a suma que interessar ao litígio, bem como reproduções autenticadas.

1.Exibição de livros comerciais Distinguem os arts. 381 e 382 a exibição integral e a exibição parcial dos livros comerciais e dos documentos do arquivo. Aquela só se permite se a outra parte, ou a própria empresa de que são, requer a exibição. O juiz, de oficio, somente pode ordenar à parte que exiba parte dos livros e documentos, já no arquivo ou ainda não arquivados. Mas a exibição

integral somente pode ser deferida se a ação é de liquidação de sociedade (entenda-se, porém, também de firma individual), ou se é em ação de herança de sócio (ou do dono da firma, acrescente-se), ou quando e como o determinar a lei.

Já no Código Comercial, art. 18, se havia dito: “A exibição judicial dos livros de escrituração comercial por inteiro, ou de balanços gerais de qualquer casa de comércio, só pode ser ordenada a favor dos interessados em questões de sucessão, comunhão ou sociedade, administração ou gestão mercantil por conta de outrem, e em caso de quebra”.

Com a exibição integral põem-se os livros a exame pelo interessado. Quem examina compulsa, lê, indaga. Mas tal exibição só se permite em se tratando de liquidação de sociedade, de sucessão por morte de algum sócio, e

‘quando e como determinar a lei”. Um dos exemplos do último motivo está no art. 18 do Código Comercial; outro, na lei de falência (Decreto-lei n 7.661, de 21 de junho de 1945, arts. 30,111, e 210), que atende ao interesse dos credores e do Ministério Público.

2. Exibição parcial Advirta-se que, a despeito de, no art. 381, só se falar de exibição integral, pode a parte requerer a exibição parcial ou de página ou outro lugar de algum documento do arquivo. Ao juiz o art. 382

somente permite ordenar, de oficio, a exibição parcial de livros e documentos. Exibindo o livro (que pode ser apresentando, e. g., com cordões no que não tem de ser exibido), ou o documento (e.g., com presilha na parte não-exibível). Pode o juiz ordenar reproduções que sirvam à autenticidade, ou apenas do documento ou do livro extrair o que interessa para o julgamento. Aí, não é de reprodução que se cogita.

No Código Comercial, o art. 19 já dizia: “Todavia, o juiz ou Tribunal do Comércio, que conhecer de uma causa, poderá, a requerimento da parte, ou mesmo “ex officio”, ordenar, na pendência da lide, que os livros de qualquer ou de ambos os litigantes, sejam examinados na presença do comerciante a quem pertencerem e debaixo de suas vistas, ou na da pessoa por ele nomeada, para deles se averiguar e extrair o tocante à questão”.

O art. 19 tem de ser atendido, posto que menos minucioso o texto processual.

Art. 383. Qualquer reprodução mecânica’)’ como a foto-gráfica, cinemato gráfica, fono gráfica ou de outra espécie, faz prova dos fatos ou das coisas representadas, se aquele contra quem foi produzida lhe admitir a conformidade.

Parágrafo único. Impugnada a autenticidade da reprodução mecânica, o juiz ordenará a realização de exame pericial2).

Art. 384. As reproduções fotográficas ou obtidas por outros processos de repetição, dos documentos particulares, valem como certidões, sempre que o escrivão portar por fé a sua conformidade com o original’).

Art. 385. A cópia de documento particular tem o mesmo valor probante que o original, cabendo ao escrivão, intimadas as partes, proceder à conferência e certificar a conformidade entre a cópia e o original 6)

~ JO Quando se tratar de fotografia, esta terá de ser acompanhada do respectivo negativo4).

s~ 20 Se a prova for uma fotografia publicada em jornal, exigir-se-ão o original e o negativos).

1. Reprodução mecânica Trata-se igualmente qualquer reprodução mecânica. O art. 383 dá apenas três exemplos: fotografia, filme cinematográfico, fonografia. A fonografia hoje é assaz usada para gravarem-se as punctações, os diálogos e as declarações de oferta ou de aceitação, ou de ambas. As vezes, fotografam-se jóias, modelos para jóias, objetos de indústria, roupas, terrenos e casas em construção, para servirem de elementos a algum ato jurídico negocial. O art. 383 apenas prevê que a pessoa contra quem foi mostrada haja admitido a veridicidade. Se o não admite, cabe ao juiz ordenar que se proceda ao exame pericial. Às vezes basta a conferência por tabelião, escrivão, ou outro funcionário público. As reproduções são indícios, inclusive as de provas (e. g., fotocópia de depoimento da parte).

Ou a outra parte não impugna, ou impugna; se impugna, tem de ser procedido o exame pericial, ou pelo tabelião, ou outro funcionário público. Se, por ocasião da audiência do julgamento, não se havia conferido a reprodução do documento, que fora determinada, há cerceamento da defesa (5~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 25 de setembro de 1945, A. J., 77, 301).

Advirta-se que no art. 383 se exigiu, para a eficácia probatória da reprodução mecânica, que aquele contra quem se produziu admita a conformidade, isto é, a reprodução ser verdadeira, o que não é conforme com o que copia não reproduziu. Daí a grande relevância da diferença entre reprodução, imitação, emendas e outras alterações. Tivemos de investigar o conceito de imitação, diante do conceito de reproduçao, e chegamos a própria descoberta do étimo (Tratado de Direito Privado, Tomo XVII, §2.013, 1 e 17, b), e § 2.087, 3).

A pessoa contra quem se produziu a prova de que cogita o art. 383 ou tem de alegar a inconformidade, ou admite a reprodução mecânica. Por isso, se há a impugnação, não fica retirada a eficácia e incide o parágrafo único, se não foi impugnada a reprodução mecânica, tem-se por aceita, isto é, admitir-se a conformidade.178

2.Exame pericial e reconhecimento de firma Se a outra parte impugna a autenticidade da reprodução mecânica, tem o juiz de ordenar que se proceda à perícia, ou que se faça reconhecer a firma.

3.Original apresentado em juízo O art. 384 já estatui quanto àconferência com o original, junto aos autos, ou apenas levado ao juízo, para que o escrivão confira a reprodução. Ai, o original há de ser documento particular, que é examinado pelo escrivão, para portar por fé conformidade antes de ser junta aos autos a reprodução, levando a parte o documento; ou, inserto nos autos, dele se tira reprodução, para servir de prova alhures, devidamente conferido pelo escrivão, com o porte por fé.

(Tudo que acima escrevemos foi citado, integralmente, pela 2a Câmara Cível do Tribunal de Alçada de São Paulo, a 21 de julho de 1974, que acrescentou: “Tais prescrições não foram atendidas pelo agravante, resultando no indeferimento de sua inicial”. E negou provimento.)

178 Não se admite como prova a reprodução obtida por meios ilícitos (Const. 88. art. 50, LVI), como será. v.g.. a cópia da carta violada, ou a gravação de conversa telefônica (Const. 88, art. 50, XII), ainda que aquele contra quem for produzida lhe admitir a conformidade. A proscflçãO constitucional é intransponível.

4.Fotografia A lei exige que a fotografia tenha sido acompanhada do negativo.

Porém não se junta o negativo.

Apenas serve para a conferência.

5. Fotografia publicada em jornal Se se trata de fotografia publicada em jornal, a juntada tem de ser do original e do negativo. Não se dispensa a conferência pelo escrivão.

6. Cópia de documento particular A cópia de documento particular tem a mesma eficácia probatória que o original, ainda que se trate de cópia que consiste em certidão extraída de instrumentos ou documentos lançados em notas de oficial público (art. 365,11). Já no Código Civil lê-se (art. 138):

“Terão também a mesma força probante os traslados e as certidões extraídas por oficial público, de instrumentos ou documentos lançados em suas notas”. Na Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei n0

5.452, de 10 de maio de 1943), art. 830, diz-se: “O documento oferecido para prova só será aceito se estiver no original ou em certidão autêntica, ou quando conferida a respectiva pública-forma ou cópia perante o juiz ou tribunal”.

Art. 386. O juiz apreciará livremente’) a fé que deva merecer o documento4) quando em ponto substancial e sem ressalva3) contiver entrelinha, emenda, borrão ou cancelamento2).

1.Livre apreciação pelo juiz Tem o juiz de apreciar a autenticidade do documento, pois é possível que logo se lhe revele a falsidade ou a falsificação. Pode acontecer que nele estejam entrelinhas, emendas, borrões ou cancelamento, rasuras, dilacerações, ou uma ou outras ocorrências. A própria ressalva pode ter defeito. Diante dos documentos viciados em ponto substancial, a atitude do legislador pode ser: a) a de lhes recusar valor, salvo se o vício proveio de ato da parte interessada, como entendia o Reg. n0 737, Art. 145; b) deixar ao juiz a livre apreciação, usando dos motivos de prova constantes do processo, tal como estatufram a Ordenação Processual Civil alemã, * 419, e a austríaca, ~ 296, e depois, em regra jurídica explícita, o Código de 1973, como o de 1939; c) miudear os casos em que o vício, atacando ponto substancial, destrói o valor probante do documento.

A atitude b) é a mais prudente, porque existem leis especiais em que as regras jurídicas do tipo c aparecem, como a respeito de títulos formais; a variedade dos casos é de tal monta que as classificações pecam por artificialidade nociva; com a norma do tipo c) o juiz pode atender à legislação que continue com as exigências dos dois outros tipos (cf. arts. 154-157).

2.Entrelinha, emenda, rasura, borrão e cancelamento Se a entrelinha, ou a emenda, ou a rasura, ou o borrão, ou o cancelamento, for em ponto não-substancial, qualquer diminuição da eficácia objetiva ou da atendibilidade do documento seria absurda. Tal entrelinha, emenda, ou rasura, ou borrão ou cancelamento, terá, eventualmente, valor de fato, para ser apreciado à parte pelo juiz; não, porém, como restrição ao valor probatório do documento, quer quanto à matéria, quer quanto ao conteúdo intelectual. Exemplo de apreciação pelo juiz, na RF, 86, 155, 156, acórdão bem fundamentado do Tribunal de Apelação de Alagoas, proferido a 14 de janeiro de 1941 (relator, desembargador Meroveu Mendonça).

3.Ressalva A ressalva é feita quanto ao cancelamento, ou à emenda; a ressalva da rasura não só é difícil de fazer-se como suscetível de aumentar a duvidosidade do documento.

Todos os vícios de que se trata no art. 386 são extrínsecos. Por isso, com a ressalva, dissipam-se as dúvidas e evita-se atrito quanto à eficácia do documento. Assim, o que foi posto é tido como se posto não tivesse sido. Se qualquer dos atos a que o art. 386 se refere não fere ponto substancial do documento, a ressalva seria supérilua: nada se tinha de ressaltar. Ponto substancial é o que consta como essencial ao documento, mesmo que seja pequeno em relação aos outros pontos.

Tem o juiz de apreciar livremente a fé que deva merecer o documento, uma vez que não houve ressalva (cf.

Art. 131). O que o juiz resolveu a respeito não escapa a nosso reexame se interposto recurso.

4.Instrumentos públicos e instrumentos particulares O juiz, quanto aos documentos públicos constitutivos (instrumentos públicos) e constitutivos privados e quanto aos documentos probatórios, assume atitudes diferentes. Da

indubitabilidade do documento público constitutivo procede a verdade de todo o conteúdo intelectual dele, de modo que, havendo vício, tem de ser ouvido o notário, para se saber como se acha o original perpetuador do ato. Tratando-se de documentos privados constitutivos, ditos instrumentos particulares, as partes interessadas têm de dar as respectivas provas. Quanto aos documentos meramente probatórios, não somente provam o que provariam testemunhas que depusessem como a sua apreciação é deixada inteiramente ao juiz.

Art. 387. Cessa afé do documento, público ou particular~ sendo-lhes declarada judicialmente a falsidade ~) 3)~

Parágrafo único. A falsidade2) consiste:

1. Documento, fé e cessação da fé Seja público, seja particular o documento, cessa-lhe a fé, isto é, qualquer eficácia, de direito material ou processual, se lhe foi declarada, com trânsito em julgado, a falsidade. Tal declaração pode ser em ação declaratória negativa (Art. 40 II), quer incidental (arts. 390-395). O documento falso não existe, como documento verdadeiro, a despeito de continuar a conter declarações de vontade, ou de conhecimento, ou de sentimento, todas sem fundamento de verdade. Pode servir, como documento falso, para a prova de ato ilícito, criminal, ou civil, ou administrativo. Qualquer eficácia jurídica, em direito material ou processual, que se lhe haja atribuido, como se fosse verdadeiro, está eliminada ex tunc.

A declaração de falsidade tem de ser judicial. Se algum ofício público, ou repartição, ou empresa, ou pessoa física, repele o ato que se lhe atribuiu no documento, tem de alegá-lo contra quem o apresentou como instrumento público ou particular, o que pode ser apreciado no processo ou fora dele.

A falsidade supóe o não-ser, razão por que se declara: não se aprecia defeito. Mesmo quando se altera documento verdadeiro, declara-se que a alteração foi falsa, juridicamente não é, nem foi, nem será. Não se exige qualquer elemento subjetivo, pois o falso pode provir de má-fé, de boa-fé, de ato consciente ou inconsciente: o que importa é que mostre ser o que não é. A falsidade pode provir de ato de terceiro, que beneficiaria outrem. Por exemplo: C pôs a assinatura de A no título a favor de B; C, tendo encontrado documento redigido e assinado por A, mas em branco quanto ao valor, encheu-o como entendia, se era ao portador ou nominativo (se encheu quanto ao valor e ao beneficiado,

duplamente falsificou). O documento não é falso somente quando todo ele não é verdadeiro, pode ser verdadeiro mas haver algo de falso que nele se inseriu (aí, há alteração do documento verdadeiro, Art. 387,11, e há de ser declarada judicialmente a falsidade, tal como ocorreria se todo ele o fosse). A falsidade pode ser pessoal: quem o assinou não foi a pessoa de quem se empregou o nome, ou o beneficiado não seria a pessoa a que se atribui o benefício. Se a falsidade é quanto à data, ao valor apontado, à origem negocial que se atribui ao documento, a falsidade é material.

Não se diga como fazem alguns juristas que não é falso o documento que contém alguma falsidade; mais acertado é distinguir-se, como faz o Código de Processo Civil, o documento não-verdadeiro e o documento verdadeiro que sofreu alteração, com falsidade. Ali, o documento é totalmente falso; aqui, só em parte. Nas hipóteses do Art. 387, II, pode ter-se atingido a assinatura, o nome do beneficiado, a data, algo do conteúdo. A data pode ser alterada para se reputar prescrita a dívida, ou para ainda se poder executar o título.

2.Falsidade O documento pode ser falso no todo, ou em parte. Demos exemplos: a escrita, do princípio ao fim, e a assinatura nao sao do autor; a letra da certidão não é de nenhum dos serventuários, nem a assinatura é do declarante, ou não no é a do tabelião ou do escrivão, ou do declarante e do tabelião, ou do escrivão; em cima do instrumento particular foi posto aumento no que fora assinado, ou, aproveitando-se o branco da pequena parte da linha do documento se pôs “nao ou ou

O documento verdadeiro, na parte que não foi atingida pela declaraçao de falsidade, subsiste, com a fé, que lhe corresponde, e a eficácia probatória.

Se apenas houve alteração, a declaração de falsidade do que se colocou de alter explícita ou implicitamente manterá o que era e é verdadeiro.

3. Declaração da falsidade Quando o juiz examina a falsidade apenas diz se há ou se não há. E até onde ela se estende se talsidade ha. A ação declaratória de falsidade pode ser a ação declaratória típica, ou a incidental. No caso de incidente de falsidade, há imediata ligação à prova que se pretende (cf. Ernest Beling, InformativprOzesse, 8 s.). Pode tratar-se de falsidade em sentido estrito, ou de mutatio veritatis, falsificação.

Não épreciso que haja ocorrido prejuízo para alguém; basta que se possa produzir no futuro, uma vez que a decisão dependa do documento (Manuel Alvares Pêgas, Resolutiones Forenses, II, 1150). Nosso Tratado das Ações, II, 306 s., 79 (Tabela 1: 5, 4, 3, 2, 1).

Art. 388. Cessa afé') do documento particular quando:

1 lhe for contestada a assinatura e enquanto não se lhe comprovar a veracidade; ii assinado em branco, for abusivamente preenchido.

Parágrafo único. Dar-se-á abuso 2) quando aquele, que recebeu documento assinado, com texto não escrito no todo ou em parte, oformar ou o completar, por si ou por meio de outrem, violando o pacto feito com o signatário.

1. Documento particular e causas especiais de falta de fé Além do que se estatui no Art. 387, o Código acertadamente alude a duas causas especiais de falta de fé. Não mais se trata, na espécie do Art. 388, 1, de cessação de fé; com propriedade terminológica, devemos falar de falta de fé, porque não começara a eficácia se não houve reconhecimento da assinatura por tabelião, ou escrivão, nem pelo signatário. Não se pode dizer que havia fé se no documento era falsa a assinatura. O documento assinado, sem que dele já constatassem as declarações escritas, é documento que tem fé, porque é de supor-se que o conteúdo foi lançado pelo signatário, ou por alguém a que competia conforme as regras jurídicas, inclusive costumes, ou conforme usos e costumes, como ocorre em empresas. Após a impugnação com alegação de falsidade, cessa a eficácia, a fé, até que a pessoa interessada prove a veracidade do preenchimento. Em tal espécie (Art. 388, 1), houve ou não houve abuso.

A diferença do documento público, cuja fé somente cessa com a declaração judicial da falsidade (art. 387), cessa a fé do documento particular se lhe é contestada a assinatura e enquanto não se lhe comprovar a veracidade. Advirta-se, porém, que, se no documento particular o tabelião reconheceu a firma do signatário, que declarou ter sido aposta em sua presença (art. 369), somente cessa a fé do documento particular se advém declaração judicial da sua falsidade (Art. 387).

Se foi contestada a assinatura, não se pode atribuir fé ao documento particular, e cabe ao interessado comprovar a autenticidade da assinatura ou a veracidade do

conteúdo. Uma vez queo art. 388,1, faz cessara fédo documento particular por ter havido a impugnação da assinatura (contestação), apenas se dá ensejo a que a pessoa que produziu o documento prove a veracidade (art. 389, 1).

A respeito do art. 388, 1, que fala da cessação da fé, se foi contestada a assinatura, até que se lhe comprove a veracidade (veracidade da assinatura), o ônus da prova é de quem produziu o documento. Tanto pode ser o beneficiado direto pela validade e eficácia do documento, como o beneficiado indireto, como o endossatário, ou o portador com posse imediata sem ser própria a posse. Se quem apresentou o documento em ação ou em requerimento de alguma medida, agiu como representante, tanto ao representante como ao representado cabe provar a veracidade do documento. Se o representando é incapaz, toca o seu pai, tutor ou curador. Se ao representante de alguma entidade foi apenas atribuida a produção, é conforme a lei ou o estatuto que se há de apurar a legitimação para a atividade do Art. 389, II, porém é provável que, com os dados de quem produziu a prova, fique convicto o juiz, ou a pessoa perante quem se produziu a prova.

Advirta-se que a impugnação da assinatura pode não ser afirmativa de falsidade, mas sim apenas consistir em dúvida quanto a ser de quem devia assinar. Diante da incerteza que o documento produziu, tem-se de provar a veracidade, porque só assim se afasta não ser duvidosa a assinatura.

2. Abuso em preenchimento do documento assinado O abuso pode dar-se por parte do empregado, ou de algum amigo, ou pessoa em que o signatário confiava; ou por parte de quem furtou ou roubou o documento, que ainda estava com o signatário; ou por parte de quem recebeu o documento assinado, seja o beneficiado pelo conteúdo ou em complemento, ou de quem o recebeu para levar ao beneficiado. Temos de dar ao art. 388, parágrafo único, a larga interpretação que acima demos à regra jurídica, que é apenas de definição.

Também se fala de pacto feito pelo signatário. Pode acontecer que nenhum pacto tenha havido. Tratar-se-ia, por exemplo, apenas de promessa ao público (e.g., para quem viesse subscrever-se em negócio jurídico), ou de simples intenção do signatário de levar a alguém, que ainda não sabia quem pudesse ser, o documento (e.g.

assinou a nota promissória, sem dizer qual a quantia, ou o banco em que a descontaria, ou a pessoa que lhe emprestaria o dinheiro, ou a quem compraria o que desejava comprar a prazo, com o título cambiário).

Nas hipóteses do art. 388, II, supóe-se que tenha a fé a assinatura, mas, assinado em branco (o branco pode ser relativo a todo o conteúdo do documento, ou só a alguma parte ou algumas partes, como se apenas se argúi o abuso do preenchimento de um pedaço em branco), o documento foi abusivamente preenchido. O documento em branco ou na parte em branco não faz prova; todavia temos de pensar em que houve pacto entre o signatário e a outra pessoa quanto ao preenchimento ou complemento do documento assinado, e o signatário não o preencheu ou não o completou, ou não o preencheu ou completou como devia, ou não o preencheu ou completou conforme o pacto quem recebeu o documento assinado, com texto não escrito no todo ou em parte.

O art. 388, parágrafo único, só se refere a quem “recebeu o documento assinado”, e não o signatário. Pense-se no signatário que mostrou a outro interessado o documento, devendo enchê-lo ou completá-lo conforme os valores que seja conhecido (o preço das mercadorias que o signatário comprou e ia pagar com cheque que depositara na conta corrente bancária do vendedor) e lançou menos do que devia lançar. Tal signatário há de ter o tratamento que teria a outra pessoa, se houvesse, abusivamente, enchido ou completado o documento em branco, no todo ou em parte. Com o pacto entre os dois interessados, pode a própria pessoa a quem havia de ser entregue, ou que designara o destinatário (e.g., banco), argUir a falsidade (Art. 388, II, e 389, 1). Tem de provar o que afirmou contra o conteúdo abusivamente posto.

Art. 389. Incumbe o ônus da prova ‘)quando:

1se tratar de falsidade de documento, àparte que a arguir;

II se tratar de Contestação de assinatura, à parte que produziu o documento 2) 1. Onus da prova Se a falsidade é do documento, à parte que a argúi é que cabe prová-la. Ou propõe a ação declaratória negativa (art. 40, II); ou a ação incidental (arts. 390-395). A lei entendeu que, em se tratando de contestação da assinatura, à parte que produziu o documento é que cabe o Onus da prova.

2. Falsidade do documento e falsidade da assinatura Diante do Art. 389, 1 e II, temos de levar em consideração que a parte, que apresentou o documento, pode estar em três situações diferentes: a) a parte que alega a falsidade se referiu ao conteúdo e não à assinatura, de modo que a ação declarativa negativa do documento, embora a assinatura não seja contestada, aí o ônus da prova é de quem diz ser falso o documento; b) a parte apenas alega que não é verdadeira a assinatura, a despeito do reconhecimento da firma pelo tabelião, ou pelo escrivão; c) a parte diz não ser verdadeira a assinatura. Na espécie b) tem de ser proposta a ação de falsidade, ou a ação incidental de falsidade. Na espécie e) , a outra parte, que levou à juntada o documento, tem o ensejo de fazer reconhecer-se a firma pelo tabelião ou pelo escrivão competente. A espécie b) não foi prevista no art.

389, mas temos de levá-la em consideração.

Subseção II

Da Arguição de Falsidade 1) 5)

1.Ação incidental de falsidade de documento Já vimos, ao tratarmos da ação declarativa do Art. 40 JJ, que se pode pedir, em ação àparte, a declaração da autenticidade ou da falsidade de documentos. O incidente de falsidade de documento é caso de ação declarativa incidental. É a mesma ação declarativa tópica do art. 40 ~

incidentemente proposta, tanto que ela se pode intentar quando seria possível propor-se, autonomamente, aquela ação de rito processual ordinário.’75 O direito brasileiro, na

179 O não ~, necessariamente, ordinário. O valor da causa pode fazer sumário ou sumaríssímo o procedimento, convindo ler, quanto à aplicação deste ou daquele, o que se escreveu nos comentários ao art.

275, depois do advento da Lei n0 9.245, de 26.12.1995.

esteira do direito lusitano, sempre teve o incidente de falsidade. Porém nem sempre a ação, que se poderia intentar de moto autônomo, se pode exercer de modo incidente. Donde dizer-se que ação incidental de falsidade ésubordinada a certos limites. Primeiro, é de exigir-se que se trate de questão prejudicial, quer dizer que a decisão dela seja necessária à decisão da ação principal. Sem essa ligação, o rito dos arts. 390-395 é desautorizado. E preciso que uma das partes argúa de falso o documento e desse documento dependa o julgamento ou parte do julgamento da causa. Por isso mesmo, a lei só a permite em apenso, se "encerrada a instrução", ou, no tribunal, perante o relator.

A ação incidental de falsidade é, como a autônoma, ação não oriunda da irradiação, singularidade, portanto, no mundo das ações. Processada inciden ter tantum, nem por isso se enche com pretensão de direito material, ainda a que é objeto de discussão na causa principal. Apenas supóe a lide sobre determinada controvérsia; e de modo nenhum, quando proposta pelo réu, se confunde com a ação de reconvenção, nos casos de argúiçáo reconvencional de falsidade do documento inicialmente oferecido. Porque, então, a questão prejudicial é tratada no seio da reconvenção, principal iter, e não incidenter tantum. O incidente de falsidade, suscite-o o autor, ou o réu, pode ocorrer, qualquer que seja a demanda principal, ação declarativa, de condenação, constitutiva, executiva, ou mandamental, principais ou acessórias, de rito ordinário ou não; e não é de excluir-se incidente de falsidade na própria ação incidental de falsidade, se nessa foi produzido, contra a outra parte, outro documento arguido de falso.

Nas ações de imissão de180 não scria útil suscitar-se incidente de falsidade (Manuel Álvares Pêgas, Resolutiones Forenses, II, 1149), porque então se alega o falso como matéria de contestação, tal como em todas as ações em que todo o pedido se baseia em documento necessariamente produzido com a inicial. Nas ações da nulidade de testamento por exemplo. Mas, em qualquer delas, se o documento foi produzido depoís de contestada a lide até se encerrar a instrução, não há por onde se vedar a ação incidental. Sempre que o documento se produziu como base e se argúi contra a sua força probatória formal, a questão do falso pode ser prejudicial, mas está intimamente ligada ao pedido, podendo ser julgada simultaneamente com a ação principal.

Isso não quer dizer que, fora das ações de falsidade

180 No atual Código, a imissão na posse nao é objeto de procedimento especial, como acontecia no CPC de 1939, que o regulava nos as-is. 381 a 383. Deduz-se a pretensão à imissão na posse pelo procedimento comum, ordinário, sumário ou sumaríssimo (vd. a remissão da nota 179).

de documento (declaratória típica do art. 40, como a falsidade de testamento), se tire à parte a pretensão à declaração incidental, principalmente se ela somente soube do falso já na fase da instrução.

O documento pode ter sido falsificado depois de junto aos autos e então a ação de falsidade é necessariamente incidental.

2. Ações declaratórias incidentais Os arts. 390-395 cogitaram da ação declaratória incidental sobre falsidade de documento. Há, contudo, outras ações declaratórias incidentais, perfeitamente admissíveis nas ações em que o seria o incidente de falsidade. Trata-se de propositura de ação declaratória em que se pede prestação jurisdicional sobre prejudicial.'8' Com ela, evita-se que, tendo o réu, ou as circunstâncias supervenientes à quaestio praeíudícíalzs, tomado imprescindível a declaração de alguma relação jurídica, ou de falso, se deixe de atribuir eficácia de coisa julgada à sentença, quanto a esse ponto, que não foi incluido no pedido. Se a sentença pode apreciar o que alegou o réu, ou o que se alegou devido a circunstâncias supervenientes, inclusive de provas não mencionadas que se referem à nova quaestio praeiudicialis, não há pensar-se em ação declaratória incidental. Se A pediu a decretação de falsidade de letras de câmbio ou de outros títulos, tendo enumerado dez, e duas outras aparecem, pode ser pedida a decretação de falsidade das demais. O que é preciso é a) que tenha por objeto relação jurídica, cuja existência ou inexistência se haja de declarar, ou falsidade ou autenticidade de documento, b) que seja controvertida a existência ou inexistência da relação jurídica, ou a falsidade ou autenticidade do documento. Não há ação declaratória incidental de relação jurídica, cuja validade somente pode ser apreciada em processo ordinário de ação constitutiva negativa, tal como ocorre com a relação jurídica matrimonial, ou a de filiação legítima ou legitimada. Todos esses pressupostos são pressupostos de direito material e processual.

3. Repercussão jurídica do falso É preciso atender-se à atuação do falso e à sua potencialidade, no mundo das relações sociais, para se compreender a importância da sua existência ou inexistência, dando base a ações declarativas,

assim principais como incidentais. Tanto é grave existir contra alguém relação jurídica, ou não existir ou deixar de existir a favor de alguém, quanto existir o falso ou não existir autenticidade de documento.

Porque, em verdade, o existir a autenticidade ou o existir o falso põe certa relação com alguém o interessado. Assim, fácil é entender-se que o ser falso ou o ser autêntico seja res in iudicium deducta, nas ações declarativas típicas (art. 40 II), ou as incidentais dos arts. 390-395. A ordem jurídica reage contra o falso, ou declarando-o, ou prevenindo-lhe ou evitando-lhe as conseqüências (e.g., art. 867), como em caso de cominação, ou condenando o que dele usou (ação penal ou condenatória civil). Os artigos 390-395 só se preocupam com a declaração. Também é o elemento declarativo o que o processo civil recebe do processo penal, nos casos do art. 485, VI (rescisão de sentença fundada em prova cuja falsidade se tenha apurado no juízo criminal).

Se o juiz da ação incidental de falsidade, sem ter observado a regra jurídica da suspensão (art. 394), julga a ação principal sem julgar, antes, a ação incidental, tem de haver julgamento antes do recurso; se houve recurso, e foi julgada procedente a ação principal, sem se julgar o incidente de falsidade, pode ser pedido o julgamento posterior e tratar-se a sentença no incidente como se fosse sentença em ação independente.

Se transitou em julgado a decisão sobre a ação principal, não mais se podem apresentar artigos de falsidade (2~

Câmara do Tribunal de Alçada de São Paulo, 15 de maio de 1952, R. dos T., 203,407). Se foram apresentados antes de passar em julgado a sentença, devido a recurso, têm de ser julgados na instância superior antes de se julgar o recurso. Se foi proferida a sentença na ação principal sem se julgar a ação incidental de falsidade, feriu-se o art. 394. Se a parte não recorre e apresenta artigos de falsidade, o trânsito em julgado retira toda a eficácia da petição na ação incidental de falsidade.

A ação de falsidade, não incidental, é ação à parte, e não a atingem os arts. 390-395.

4. Instrumentos públicos Regra jurídica de direito material diz que, quando os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados, pode haver

anulabilidade por simulação. Daí se pretendeu tirar que a antedata e a pós-data não invalidam os instrumentos públicos (e.g., 2~ Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, 11.12.1936, R. dos T., 114, 279). Não há anulabilidade, conforme o direito material, desses por simulação, mas há a ação ordinária para a prova da falsidade, ou o incidente de falsidade, se a antedata ou a pós-data frauda a lei, ou frauda credores, ou ofende direitos de terceiros (Tribunal de Apelação de São Paulo, 04.03.1938, R. dos T., 114, 276), ou tem qualquer efeito que a data verdadeira não teria.

5. Ação independente de falsidade A ação de falsidade de documento ou de outra prova pode ser proposta sem a relação de acessoriedade.

A sentença, em tal ação, pode ser base, por exemplo, para a rescisão da sentença segundo o art. 485, VI.

Art. 390. O incidente de falsidade tem lugar em qualquer tempo e grau de jurisdição 1), incumbindo à parte, contra quem foi produzido o documento, suscitá-lo na contestação ou no prazo de dez (10) dias, contados da intimação da sua juntada aos autos 2)

1. Tempo para a propositura da ação incidental de falsidade e grau de jurisdição O incidente de falsidade pode ocorrer a qualquer tempo, mesmo se encerrada a instrução, desde que se satisfaça o que a lei exige (e.g., na contestação, ou no prazo de dez dias, contado da intimação da juntada do documento aos autos a cujas provas ele se destina). Dissemos e.g., porque o incidente de falsidade pode ocorrer em processo sumaríssimo, em que não há propriamente a contestação de que se cogita nos arts.

300-303, e nos embargos do devedor (arts. 736-740) e nos embargos à execução fundada em sentença (arts.

741-744), ou em título extrajudicial (art. 745), ou nos embargos à arrematação e à adjudicação (art. 746), ou nos embargos em caso de insolvência (art. 756).

2. Juntada aos autos Se foi na contestação ou ato processual semelhante, que se arguiu a falsidade, o incidente está suscitado. Se na contestação foi que se juntou o documento, à outra parte cabe suscitar o incidente de falsidade, tendo de ser

citada a parte que o apresentou. Se a juntada foi posterior à contestação, tem de ser intimada a outra parte para que fale sobre o documento, inclusive para que promova a ação incidental de falsidade. O prazo é de dez dias.

Quanto ao terceiro, se tem ele interesse jurídico, dito interesse legítimo (cf. arts. 50, 869 e 1.194), há a legitimação ativa à ação declaratória típica (art. 40, II). Não estão os terceiros sujeitos a prazos, salvo se teve de haver intimação da juntada do documento e tinham eles de manifestar-se, porque então há o prazo dos dez dias contados da intimação. A intimação do terceiro por ter havido juntada de documento pode ocorrer por ter havido assinatura dele como testemunha. Aí, ele não é parte, e sim terceiro. Nos casos de litisconsorciação, há citação (art. 47, parágrafo único), sendo o litisconsorte,

182 Hoje, sumário (Lei 009.245, de 26.12.1995, cujo art. 10 alterou a denominação do procedimento). Possível o incidente na ação sumarissima, perante osjuizados especiais, regidos pela Leio0 9.099, de 26.09.1995, cabe ao juiz decidi-lo de plano, na audiéncia, ou na sentença, conforme o art. 29 desse diploma.

salvo disposição em contrário, considerado como litigante distinto (art. 48). Se há pedido de assinatura e é deferido, o assistente atua como o assistido, sujeitando-se aos mesmos ônus processuais (art. 50-52), porém pode invocar o art. 55, 1 e II. Na oposição, que é contra-ação, são citados os opostos, e há o prazo comum de quinze dias (art. 57), dentro do qual os opostos contestam, e ai podem contestar a assinatura ou o preenchimento abusivo do documento particular apresentado (art. 388). Se há nomeação à autoria, pode ocorrer novo prazo para a contestação (art. 67) e aí ocorrer a argtiiçáo de que se fala nos arts. 388 e 389. Se advém denunciação da lide, ou houve a citação do denunciado juntamente com a do réu, há novo prazo para contestar (art. 71). Se houve aditamento da petição inicial, por parte de litisconsorte do denunciante, há a citação do réu (art. 74) e aí pode acontecer que se conteste a assinatura ou a veracidade do documento (art. 388, 1), ou abuso do preenchimento (art. 388, II), observado o art. 389. No caso de chamamento ao processo (art. 77), há a citação e o prazo, observados os arts. 72 a 74. Conforme o art. 273,183 os arts. 390 e 391 aplicam-se se o procedimento é sumarissimo.’84

Art. 391. Quando o documento for oferecido antes de encerrada a instrução, a parte o arguirá de falso, em petição dirigida 8) ao juiz da causa 5), expondo os

motivos em que funda a sua pretensão 6) e os meios com que provará o alegado 1) ~).

Art. 392. Intimada aparte 2) que produziu o documento, a responder no prazo de dez (10) dias, o juiz ordenará o exame pericial 3) 7),

Parágrafo único. Não se procederá ao exame pericial, se a parte, que produziu o documento, concordar em retirá-lo e a parte contrária não se opuser ao desentranhamento 4), 1. Requisitos de petição A despeito de o art. 392 começar com a referência a documento oferecido antes de encerrada a instrução, a regra jurídica, que dele consta, incide quanto a documento junto aos autos a qualquer tempo, antes ou depois da instrução: a parte suscita o incidente de falsidade em petição dirigida ao juiz da causa, ou ao tribunal, “expondo-lhe os motivos em que se funda a sua pretensão e os meios com que provará o alegado”.

183 Parágrafo i~nico do Art. 272, depois que o art. l0daLei 008.952, de 13.12.1994

para ali transplantou a norma do art. 273.

184 Procedimento sumário, por força do art. 10 da Lei ~O 9.245, de 26.12.1995.

Quanto à argúiçáo rio procedimento sumaríssimo, veja-se a nota 182.

O que mais acontece é que o autor ofereça o documento com a petição inicial e o réu na contestação (arts. 283, 300 e 396). Se o réu, reconhecendo o fato em que se fundou a ação, se refere a outro fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 326, cf. art. 741, VI), o autor éouvido no prazo de dez dias, podendo produzir algum documento. Tanto o réu pode ter apresentado documento como o autor pode fazer. A ação incidental de falsidade pode ocorrer. Nas exceções, o excipiente pode ter juntado documentos (arts. 307 a 312), o que enseja, por vezes, a açao incidental de falsidade. No caso de reconvenção, pode o reconvindo arguir a falsidade do documento produzido pelo reconvinte, como o reconvinte quanto ao documento que se pôs na contestação (art. 316). Sempre que adveio a produção da prova documental após o que antes dissemos (cf. art.

391), mas antes do encerramento da instrução, há o prazo de dez dias, contados da intimação da juntada aos autos (art. 392). Se já encerrada a instrução, o

incidente de falsidade corre em apenso aos autos principais (art.

393). Uma vez que, no art. 391, se alude a documento oferecido antes de encerrada a instrução, permite-se a produção durante a audiência. Encerra-se a audiência quando o juiz declara, quer explícita quer implicitamente (e.g., o juiz deu a palavra ao advogado do autor e do réu, bem como ao órgáo do Ministério público, art. 454).

2. Intimação da parte Na expressão “intimada” revela-se que a acessoriedade retirou, na terminologia, o que o ser “ação” havia de levar a chamar-se “citação”, e não “intimação”, a comunicação à outra parte. Não importa.

Tem a parte intimada o prazo de dez dias para responder.

No art. 392 diz-se que, intimada a parte, que produziu o documento, háo prazo de dez dias para a resposta. A intimação é para responder à petição inicial do incidente, e pode ser feita na pessoa do advogado do intimando (art. 238). O emprego da palavra “intimada”, em vez de “citada”, no tocante à resposta no prazo de dez dias, permite que se aluda ao art. 238, e não ao art. 215, que exige a citação do réu, do seu representante legal ou do procurador legalmente autorizado. Na reconvenção também se intima, em vez de se citar o reconvindo, na pessoa do seu procurador (art. 316), para a contestação, no prazo de quinze dias.

A despeito de dizer o art. 390 que o incidente de falsidade pode ter lugar em qualquer tempo e grau de jurisdição, há os prazos para o suscitamento, que é o da contestação, ou o da intimação da juntada do documento. Assim, se algum documento foi junto pendente recurso, ou dentro do tempo para recorrer ou para seu exame, há o prazo de dez dias contados da juntada.

Para que se juntasse foi necessário despacho, mas o prazo somente começa após a intimação da juntada.

Na petição inicial tem o autor de pôr os documentos (arts. 276 e 396), mas pode ser posteriormente~ se invocável o art. 397. Também se há de atender ao art. 517, ou ao art. 518, ou ao art. 524, ou ao art. 525, parágrafo único.

3. Resposta e exame pericial O art. 392 estatui que, expirado o prazo para a

resposta da parte, o juiz determina que se proceda ao exame pericial (adiante, arts. 420-439).

4. Retirada do documento Ao exame pericial não se procede se a parte, que fez juntar-se o documento, resolveu ou anui em retirá-lo. Se houve concordância, basta isso para que seja desentranhado. Se a parte declara, sozinha, querer retirá-lo, o que há de constar da resposta, tendo-se como resposta o simples requerimento de retirada, há de ser ouvida a outra parte que declare se concorda ou se se opõe. Se ela não concorda, não há desentranhamento. Observe-se que terá de haver despacho do juiz. Só não há exame pericial, pois houve a retirada.

5. Forma e rito do processo O processo dos arts. 390-395 começa pela petição, despacho e intimação, que a lei exige (arts. 391 e 392); a resposta é no prazo de dez dias; e a ele sucede a instrução dos arts. 392 e 393, facultando-se às partes a produção de provas, no prazo legal. O juiz pode invocar os arts. 130 e 131; mas é de exigir-se que tenha ouvido o serventuário, no caso de instrumento feito por ele ou por ele autenticado, bem como, se possível, as testemunhas instrumentais, se vai repelir o pedido.

Se o incidente de falsidade foi suscitado na contestação, há de ser feita a intimação do autor para responder no prazo de dez dias (art. 392). Se o não foi na contestação, há petição dirigida ao juiz, em que se pede a declaração da falsidade do documento (art. 395). Se isso ocorreu antes de finda a instrução, o processo é nos autos do processo principal, com suspensão do andamento.

Os arts. 390 e 391 aplicam-se ao processo sumaríssimo (art. 273).’ 85

6.Provas admissíveis As provas admissíveis são as dos arts.332-443; e não as do direito penal material ou formal. Agostinho Barbosa (Vota Decisiva Canonina, v. 68, n0 7) e Manuel Álvares Pêgas (Resolutiones Forenses, II, 1133) já o haviam firmado, aludindo à prova indicial e por presunções. É regra jurídica assente que, no processo civil, a falsidade se presume feita por aquele a quem aproveita (Manuel Álvares Pêgas, Resolutiones Forenses, II, 1139, que cita as Remissões de Manuel Barbosa; Manuel de Almeida e Sousa, Segundas Linhas, 1, 504). Presunção hominis.

7. Exame de livros e originais arquivados A parte pode requerer o exame de livros e notas e de originais arquivados, qualquer que seja o caso. Só se limita a

regra jurídica se o documento interessa principalmente ao Estado e cabe alguma exceção de segredo, segundo os princípios que se estudam sob o art. 399. A sumariedade do processo (Código de 1939, art. 718) era, de iure ,de repelir-se, pois a instrução toma aqui conteúdo mais largo, pela necessidade dos exames periciais, produção de testemunhas, principalmente as instrumentárias.

Procedeu bem o Código de 1973.

8. Natureza da ação incidental A sentença, na ação incidental de falsidade, é declarativa. O recurso é ode apelação.’86 Sob o Código de 1939, a ta Câmara Civil do Tribunal deApelação de São Paulo, a 17.11.1941

(R.F., 89, 503), entendeu que dela nenhum recurso cabia, o que era e é absurdo. Trata-se de sentença em ação declarativa, com eficácia de coisa julgada material, posto que incidenter tantum. Sempre foi assim, ainda quando as leis deixaram de se referir, explicitamente, ao recurso, permitindo as ilações. Nem era preciso, porque a decisão é, por sua natureza, sentença apelável. Antônio Vanguerve Cabral (Prática Judicial, 441) viu bem isso, e deu-nos notícia de que a finura da nova praxejá ia percebendo que o próprio recurso de agravo não bastava. “Feito o exame”, dizia ele, “e com a prova feita aos artigos, se fazem os autos conclusos ao juiz para deliberar sobre os embargos de falsidade, e os julga por provados, ou não provados, e a parte que se sentiu agravada interpõe o seu agravo por petição, e eu já vi praticado ser caço de apelação”.

Também sem razão quanto a não caber recurso já sob o Código de1939, o Tribunal de Apelação de Pernambuco, a 03.03.1944 (A.F., 14, 189),a 4~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 02.03.1945 (D.da J. de 21 de maio), a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará, a 26de março e a 10 de outubro de 1951 (J. eD.,I, 33,1V, 88,R.F., 137,167),

186 De acordo. Entretanto, doutrina e jurisprudéncia oscilam, havendo pronunciamentos que consideram decisão interlocutória o ato que julga a arguição de falsidade, consequentemente agravável.

e a ia Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 29.09. 1950 (R. dos T., 189, 795). Certa, a 3~

Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 25.04.1945 (R. dos 11,

156, 574), e a 6~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a 24.06.1952 (D. da J., de 21.05.1953).

Disse-se que do despacho, que indefere, liminarmente, artigos de falsidade, não há recurso (e.g., 4~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 06.11.1947, R. dos T., 171, 674). Cercear-se-ia, pelo menos, a defesa do interessado, e não se poderia negar recurso. Mas, em verdade, ter-se-ia de indagar qual o fundamento com que se indeferiu, liminarmente, o pedido de julgamento, para se saber se se pôs fim ao processo sem julgamento do mérito (arts. 267 e 513), ou se isso ocorreu com julgamento do mérito (arts. 269 e 513), em que há a apelabilidade, ou se o caso cabe no art. 522, o que seria difícil ocorrer.

Se o juiz verifica, desde logo, que, falso ou verdadeiro, o documento não teria qualquer influência no julgamento da causa principal, pode dar-se que ele indefira, desde logo, o pedido de declaração da falsidade. Se a alegação foi feita na contestação, o autor foi ouvido; idem, se não foi o autor que produziu o documento acoimado de falso, e arguiu a falsidade, porque respondeu o produtor do documento, razão para que raramente o juiz indefira desde logo a petição de incidente de falsidade por ser inepta (art. 295, 1). O incidente de falsidade é objeto de sentença (art. 395), e não de despacho.

9. Falta do documento original Se, feitas as diligências nas notas do serventuário, lá não está o original, tem-se por falso o instrumento (Antônio Vanguerve Cabral, Prática Judicial, 441), salvo se se prova que foi retirado, porque a falta apenas estabelece presunção de falsidade.

Art. 393. Depois4) de encerrada a instrução, o incidente de falsidade 1)9) correrá em apenso as autos principais3); no tribunal processar-se-á perante o relator, observando-se o disposto no artigo antecedente 6) 7) Art. 394. Logo que for suscitado o incidente 5) de falsidade, o juiz suspenderá o processo principal 2) 8) 1. Legitimação processual ativa e procedimento da ação incidental de falsidade Desde que uma das partes entende por falso o documento, que foi oferecido contra ela, nascem-lhe a pretensão e a ação a que se lhe declare a falsidade. Não importa se essa parte é o réu, ou se é o autor; ou alguém a que a força ou efeito de coisa julgada material possa atingir. Não há ação incidental de falsidade antes de haver lide (3~ Câmara Civil do

Tribunal de Apelação de São Paulo, 12.11.1941, R. dos T., 135, 133), ou, em geral, processo (e.g., antes de ser despachada a petição).

O incidente de falsidade, como a ação declaratória de falsidade, ou de autenticidade de documento (art. 40, II), não versa somente sobre o fato material da falsidade, porque falsidade e autenticidade são conceitos jurídicos.

No caso do incidente de falsidade, é ele imediatamente ligado à prova que se pretende (cf. Ernst Beling, Informativprozesse, 8 s.).

O incidente de falsidade compreende a falsidade em sentido estrito e a falsificação (mutatio veritatis): não é preciso que o prejuízo resultante já se haja produzido; basta que sepossa produzir no futuro, desde que a decisão ou parte dela dependa do documento (Manuel Álvares Pêgas, Resolutiones Forenses, II, 1150). A mutatio pode consistir em alteração, rasura, abrasão (“ex abrasione in parte substantiali”), etc.

2.Eficácia suspensiva da propositura O incidente de falsidade suspende a decisão principal. A instrução pode estar encerrada e se trata de prejudicial: o juiz tem de esperar que a decisão do incidente se profira, e passe, formalmente, em julgado. A lei admite a ação declarativa incidental até o proferimento da sentença (verbis

“depois de encerrada a instrução”; certa, ainda sob o direito anterior a ~a Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 31 de outubro de 1941, R.F., 90, 147). Se o juiz tinha de proferi-la na audiência, enquanto ele não começou a ditá-la (art. 456). Écerto que existem encerramento da instrução (art. 454) e encerramento do debate (art. 456), mas a referência que antes se fazia àquela somente como momento a quo.

Tanto que, proferida a sentença e recorrida, se reabria a acionabilidade incidental pelo falso (arg. ao art. 393, 2~

parte). Dá-se o mesmo, hoje, com o art. 393 do Código de 1973.

O incidente de falsidade de documento suspende o processo, porém somente quanto à decisão: “Exceptio falsitatis est praeiudicialis ad iudicium principale”; “Oblata exceptione falsitatis debet suspendi causae principalis decisio” (Manuel Alvares Pêgas, Resolutiones Forenses, II, 1131). A doutrina pretendia abrir

exceção para o incidente de falsidade da testemunha, porém os juristas portugueses reagiram, de que é exemplo o texto de Manuel Mendes de Castro (Practica Lusitana, II, 119).

O incidente de falsidade de documento somente pode ser suscitado se já encerrada a instrução da causa. Antes, a alegação quer se trate de falsidade de documento, quer de outra prova é dentro da causa (= durante a instrução).

Se, inserta nas alegações sobre mérito alegação de falsidade, sobrevém termo da relação jurídica processual, sem se apreciar o ponto que a declaração de falsidade atingira, não mais se prossegue no processo do incidente, podendo, todavia, ser proposta a ação ordinária de falsidade, ou intentada a ação criminal.

3. De que documento se pode tratar O documento, de que se trata, pode ser o documento público, ou o particular, ou a simples carta missiva, ou qualquer elemento a que se tenha de atribuir “autenticidade”. É ~

força probatória, que deriva de se pretender autêntico o documento, que se põe àparte. O seu interesse é ligado a isso. A prejudicialidade, por si só, não basta para a admissão do incidente: se a parte, contra quem se ofereceu, não contesta a autenticidade, ou deixou de fazer afirmação contrária, não lhe édado propor o incidente; salvo se a omitiu por falta de informe suficiente, o que tem de provar (ônus de afirmar e de provar).

4. Petição inicial Se do documento não depende a decisão, como se a instrução se tem de limitar a ponto controverso que só se prova por testemunhas ou perícia (Manuel Álvares Pêgas, Resolutiones Forenses, II, 1149), pode o juiz indeferir: in limine, por inepta, a petição (art. 295). Silvestre Gomes de Morais (Tractatus de Executionibus, IV, 19) e Manuel Álvares Pêgas (e.g., Resolutiones Forenses, II, 1154; V, 455), em vez de aludirem à substancialidade do documento, fazem o incidente depender da nocividade; e com toda a razão. É aí que se afirma a verificação do interesse (art. 30) e da própria legitimação do autor da ação incidental.

Certo, toda falsidade, ou falsificação, se ignorada, pode ser alegada quando se conheça; porém seria dificil conceber-se ignorância escusável por parte do que foi citado e viu copiar-se o documento. Manuel de Almeida eSousa(AçóesSumárias, 1,41) foi mais longe: excluiu-o; porémtal solução

radical não cabe em matéria de prova, que deve estar, sempre, rente às realidades da vida.

5. Outras ações declarativas incidentais Os artigos 390-395 tratam do incidente de falsidade, porém não é a ação de falsidade de documento a única ação declarativa incidental que se admite como causa prejudicial, tratada acessoriamente. Sempre que surge causa prejudicial, que não se deva incluir no pedido do autor, ou na defesa, como parte de todo, ressalta a conveniência da incidentalidade. Algumas vezes o trato incidental é necessá rio, e não só útil, como acontece se a lei atribui a juiz diferente a competência improrrogável no juízo da ação principal para o julgamento da causa prejudicial. Há outros casos. Um deles é o de se ter de provar a ilegitimidade da parte, pré-processual ou processual, por ter alguém usado de falsa qualidade. As causas constitutivas de estado, que costumavam, no velho direito, ser incidentais, não no são hoje. Em todo caso, o recurso administrativo a respeito de naturalização pode dar exemplo.

O que acima dissemos está nos Comentários ao Código de 1939 (Tomo IX, 2~ ed., 148) e é de louvar-se a regra jurídica geral, que o Código de 1973 pôs no art. 50 que é de grande relevância, por ser invocável em qualquer processo.

Se a causa prejudicial foi proposta, qualquer que seja ela, a causa prejudicável deve ser suspensa até que haja a coisa julgada material. Não há, então, incidentalidade, embora, ocorrendo atração pela causa prejudicável (o que mis acontece é a atração pela causa prejudicial, pela regra de que a primeira causa proposta é a que determina a conexão), se tenha de aplicar o art. 105, que importa cumulação objetiva a duplo processo, ou incidentalização superveniente.

O julgamento dos artigos de falsidade, opostos na execução de acórdão do Supremo Tribunal Federal, é da competência da Justiça local (Supremo Tribunal Federal, de 03.07.1946, R. dos T., 171,781), se o falso ocorreu na ação iudicati; não, se ocorreu durante a ação condenatória, porque já não seria proponível incidente de falsidade: o incidente de falsidade supóe a pendência da lide.

6. Competência judicial Competente para julgar o incidente de falsidade é o juiz da causa principal, pois, ex hypothesi, a questão éprejudicial. Mas essa regra jurídica cede diante de casos em que a questão (prejudicial) tem de ser tratada, por sua natureza (e.g., falsidade de testamento), principaliter, ou a lei o exige. A

necessidade da coguição principal exclui qualquer pretensão a se tratar, incidenter tantum, a declaração de falsidade. Ou o

•juiz da causa pendente aguarda que se julgue a ação prejudicial necessariamente principal; ou se dá por incompetente se essa cognição principal está fora de sua competência e inseparável dela a ação proposta (por exemplo, não pode conhecer da ação de petição de herança quem não poderia decretar a nulidade do testamento em que ela se funda, ou que é objeto de defesa).

(a) O princípio que preside a esse assunto é o de que o juiz da causa principal conhece da causa acessória ~art.

108). Na espécie da ação incidental de falsidade existe argumento a mais que reafirma o principio. O juiz, na ação declarativa de falsidade inciden ter tantum, tem de acolher ou repelir o pedido dentro dos limites da cognição principal: o limite da nocividade do documento, por exemplo; uma vez que, se o documento é falso, mas,oferecido como prova, não ofende a alguma figura do processo a que a sentença possa prejudicar, a petição é inepta. A finalidade da ação incidental de falsidade é obter-se a sentença declarativa no processo acessório, e daí se partir para a sentença na ação principal, firmando-se o juiz na força material de coisa julgada que possui toda sentença em ação de declaração. Mas essa coisa julgada se confina por certo entre as partes do incidente (não entre todas as partes de ação principal), e foi isso o que inspirou à prática forense o tratamento inciden ter tantum da falsidade do documento, separar a extensão da força material da coisajulgada entre producente do documento e ofendido por esse documento e a extensão da força material da coisa julgada entre as partes da ação principal. Tais extensões podem coincidir, o que é ocasional. Se existisse decisão sobre a falsidade do documento em sentença da ação declarativa típica do art. 40, ~ bastaria alegar-se a falsidade, inter partes , pela força da coisa julgada material. Não havendo, busca-se tal força, dentro dos limites do pedido incidental. Não se trata de questão principal cuja decisão se aproveita para se firmar o direito na questão prejudicial de outra ação; mas de questão prejudicial que se vai processar, inciden ter tanlum, somente como prejudicial, com força de coisa julgada material, restrita, portanto, não à cognição incidente, o que é outra coisa (sem razão. Giuseppe Chiovenda, Istituzioni, 1, 359, que seguia a primeira opinião).

(b) A primeira exceção ao princípio é a que atende à competência exclusiva de

outros juizes, tal como nos casos em que se argúi a falsidade de “sentença” ou outro título que foi instrumentado pelo juiz, ou tribunal superior, ou se atribui a esse juiz, ou tribunal, a instrumentação.

(c)A segunda exceção concerne às espécies em que os atos do serventuário, que tomou parte na instrumentação, ou na autenticação, escapem ao exame do juiz da causa principal.

(d)Se se trata de juiz árbitro e a questão prejudicial não pode ser submetida à arbitragem.

(e)Se a questão prejudicial exorbita da jurisdição civil.

Aqui, intervém a questão da competência criminal, que não foge aos princípios expostos sobre eficácia das sentenças.

O10 Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 07.10.1947, disse que, iniciado, em superior instância, o julgamento do recurso, não se admite a suspensão para a apreciação de incidente de falsidade. Sim, se o incidente de falsidade não está em termos de ser julgado; não, se, pela importância das alegações, algum juiz requer o adiamento, convertendo-se o julgamento em diligência.

7. Incidente ocorrido na instância superior Na instância superior, o incidente é processado perante o relator do feito e julgado pelos juizes competentes para conhecer da causa principal (não necessariamente do recurso). Se o incidente foi suscitado durante o processo de recurso interposto de decisão interlocutória, cumpre distinguir: a) se os autos, com o documento, ficaram, como se passa com todos os recursos de agravo de instrumento, o juiz da instância recorrida ainda processa e julga o incidente (certo, a ~a Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 31.10.1941, R.F., 90, 147),187 b) se os autos subiram, com o documento, o relator do feito processa o incidente, que há de ser julgado pelo juiz da instância recorrida, se ele ainda não julgou a causa principal, ou pelos juizes do recurso, se têm de julgar o mérito na parte de que é prejudicial a questão do incidente, ou pelos juizes da instância superior, porém não o do recurso cujo relator processou o incidente, se há outro recurso, ou se vai haver outro recurso (e.g.,o relator foi o do agravo de instrumento por ter ojuiz denegado a apelação). Portanto, o processo do recurso é da competência daquele

juiz (ou relator) que tem os autos com o documento, ainda que não tenha de conhecer dele; mas o julgamento pertence a quem vai conhecer principaliter, precisando de ser resolvida a questão prejudicial.

A 20 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 28.03.1950 (R. dos T, 185, 834), não admitiu artigos de falsidade, na superior instância, se nela não foi exibido (ou não constava dos autos) o documento. Mas sem razão. Se a sentença ou o recurso contra ela se apóia em documento que fora antes exibido e não consta dos autos, é irrecusável o cabimento dos artigos de falsidade, podendo-se, no incidente, ordenar nova exibição.

Alguns julgados lançam a proposição "pode processar o incidente o relator do recurso, mas só o julga o juiz da primeira instância", mas tal generalização se chocaria com os princípios da lei processual.

8. Eficácia suspensiva, a qualquer tempo O incidente de falsidade suspende a decisão principal. Aqui, o problema de técnica legislativa comportaria duas soluções: a) suspender-se o curso do processo; b) suspender-se só o julgamento da causa, permitindo-se a prática de outros atos. O

187 Interposto o agravo de Instrumento diretamente no tribunal, por força do Art. 524, na redação do art. 10 da Lei n0 9.139, de 30.11.1995, já não ocorre a hipótese prevista no texto. Eventual arguição de falsidade da cópia do agravo, apresentada no juízo a quo de acordo com o art. 526, na redação do mesmo art. 10 da Lei n0 9.139, pode ser decidida mediante determinação de juntada de certidão do tribunal, ou de ofício ao relator do recurso, no sentido de remessa de cópia autântica da petição.

Código fala de ser "suspenso" o processo principal. É a mesma expressão do art. 72 edos arts. 265 e266.

A suspensão do processo ocorre quer o incidente de falsidade se suscitou antes do encerramento da instrução, ou depois (art. 394). Não importa se produzido nos autos do processo principal ou se em apenso.

Se o incidente é quanto a documento produzido em razão ou contra-razão de apelação, o incidente de falsidade tem de ser processado perante o relator do recurso. Pode dar-se que o incidente seja pertinente a documento posto no

agravo ou na resposta. Ora, segundo o art. 524, deferida a formação do agravo, é intimado o agravado para, no prazo de cinco dias, indicar as peças dos autos, que serão trasladadas, e juntar documentos novos. Aio juiz somente esgota a sua função se o agravado apresentou documento novo e, no prazo de cinco dias, o agravante falou sobre ele (art. 525, parágrafo único). O juiz tem de reformar ou manter a decisão agravada (art.

527). Mantida a decisão, o escrivão remete o recurso ao tribunal (art. 527, § 40) Então, ao relator do agravo é que compete conhecer e ~processar o do incidente de falsidade. ‘~

9. Falsidade de provas não-documentais Não só o documento das alegações é suscetível do incidente da falsidade, mas é esse o caso mais frequente. A falsidade das provas produzidas na ação principal, e aí constituídas (testemunhas, perícias), pode ser alegada ou na defesa, ou em incidente. Seja como for, há ação, ali, inserta na outra, ou, aqui, inciden ter tantum, mas em processo apensado.

A falsidade da testemunha ou de qualquer Outra prova pode ser incidentalmente tratada (sem razão, a ia Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 15.05.1951, R. dos T., 193, 323). Entenda-se, e.g., falsidade do nome da testemunha, ou da pessoa, a despeito da identidade do nome; a perícia foi falsa porque, em vez de ter examinado a, o que se examinou foi b.

Art. 395. a sentença ‘)que resolver o incidente declarará a falsidade3) ou autenticidade 2) do documento 4)•

1. Eficácia sentencial Qualquer sentença que decida a questão ou as questões que deram lugar à ação de incidente de falsidade, se favorável a quem a suscitou, ou seja desfavorável, é sentença predominantemente declarativa. Se favorável, os pesos de eficácia são os seguintes: declara-

188 Com a interposição do agravo diretamente no tribunal, o texto ficou obsoleto (vd. a nota 187).

tividade, 5; mandamentalidade, 4; constitutividade, 3; condenatoriedade, 2; executividade, 1.

O documento pode ter sido falsificado depois de junto nos autos, e então a ação de falsidade, declarativa como é, mas, aí, ligada materialmente ao processo, é necessariamente acidental.

2. Conceito de autenticidade O conceito de autenticidade, quando se fala de documento, está aí em toda a largueza. Abrange a ausência de falsidade e a ausência de falsificação. Pode referir-se à participação ativa do autor na feitura do documento ou à sua co-participação ativa, ou àparticipação ou co-participação de outrem.

Esse outro pode ser o réu ou terceiro. De modo que, falando de autenticidade, a lei de modo nenhum aludiu à autoria do documento em relação a quem quer que fosse: o que se vai declarar é que o documento foi da autoria ou não foi da autoria daquele a quem se atribui tê-lo feito. Tal atribuição é que dá conteúdo ao conceito de autenticidade.

3. Conceito de falsidade Também o conceito de falsidade esta aí em sentido abrangente da falsificação e da falsidade propriamente dita. Todo documento foi feito por alguém, ou, pelo menos, procede de alguém. Se é falso, ou se o não é, depende da correspondência entre o que se alega e a verdade dos fatos. O mesmo ocorre no caso de ser acoimado de falsificado qualquer documento. A lei não distingue entre o interesse do autor quanto à declaração da falsidade em que ele seria o autor do documento e o interesse do autor quanto à declaração da falsidade em que ele seria vitima da falsidade. Tampouco, entre o interesse do autor quanto à declaração da falsidade em que o réu ou outrem seria o autor do documento e o interesse do autor quanto à declaração da falsidade em que o réu ou outrem seria o autor da falsidade.

4.Eficácia material Na nota 1) apontamos os pesos de eficácia sentencial. Não se precisa frisar que a sentença na ação incidental de falsidade faz coisa julgada material. Alguns escritores afirmam, sem ressalvas, que a sentença na ação incidental de falsidade faz coisa julgada erga omnes; e outros negam isso, pois tal sentença apenas tem eficácia de coisa julgada material entre as partes. Tem-se de atender aos arts. 42, ~ 30 (adquirente ou cessionário), 55 (assistente), 78 (chamado à autoria) e a nutras circunstâncias. É preciso que haja identidade de fato e de relação juríidica entre duas demandas, ou não poder ser existente, válida e eficaz outra relação jurídica, sem ser existente, válida e eficaz a relação jurídica, que foi objeto da res iudicata. Pense-se na relação jurídica de locação

ou de usufruto ou de uso entre B e C se A propusera ação contra B e houve sentença trânsita em julgado em que de modo nenhum B adquirira propriedade. Não se dá o mesmo se há assinatura de A em nota promissória a favor de B e B a endossou a C, mas transitou em julgado a sentença que julgou falsa a assinatura de A. C tem ação contra B, porque a relação jurídica entre B e C independe da relação jurídica entre B e A. Apenas C não mais poderia ir contra A, porque seria invocar a relação jurídica entre A e B, que foi declarada inexistente.

Subseção III

Da Produção da Prova Documental

Art. 396. Compete à parte instruir a petição inicial (art. 283), ou a resposta (art. 297), com os documentos destinados a provar-lhe as alegações1).

Art. 397. É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos2), quando destinados afazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos Art. 398. Sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos 3), o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra, no prazo de cinco (5) dias5) 6)

1. Instrução com documentos O art. 396 de certo modo só remete aos arts. 283 e 297, a cujos comentários pertence a matéria. A petição inicial há de ser instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação e, frisantemente, à prova das alegações; e o réu há de fazê-lo na contestação, na oposição de exceções e na reconvenção, que é outra petição. Na contestação, tem o réu de especificar as provas. Idem, nas outras espécies.

Documentos destinados aprovar alegações (art. 396) são os documentos necessários e os úteis, ao passo que os documentos indispensáveis são os que não podem faltar na instrução da petição inicial ou das respostas (arts.

283 e 297). Os úteis são os que servem a reforçar a prova e até mesmo ao esclarecimento de alegações anexas ou suscetíveis de virem a ser feitas. Assim, os documentos destinados à prova das alegações podem ser indispensáveis ou apenas desde já tidos como úteis. O que não precisava estar na instrução de petição inicial.

Daí o art. 397, que permite às partes portanto, a qualquer delas juntar aos autos, em qualquer tempo, documentos que se destinem a prova de fato ocorrido ou de fatos ocorridos depois da petição inicial ou da resposta (“depois dos articulados”) ou para provar algo contra os documentos que foram produzidos nos autos (“para contra-pó-los”). Também o art. 399 aponta as espécies de requisições pelo juiz às repartições públicas.

Lendo-se o art. 396, tem-se de atender ao que consta dos arts. 355 e 360: naquele, diz-se que o juiz pode ordenar que a parte exiba documento ou coisa que se ache em seu poder; neste, quando o documento ou a coisa estiver em poder de terceiro, tem ojuiz de mandar citá-lo para responder no prazo de dez dias.

2. Documentos apresentados posteriormente Quer tenha ocorrido algum fato novo, isto é, posterior à petição, à contestação, à oposição de exceção, ou de reconvenção, quer tenha o autor ou o réu, ou o assistente de responder ao que a outra parte articulara, não se veda a qualquer desses interessados na produção de prova documental que o faça a qualquer tempo. Teremos de referir a espécie relativa à dificuldade ou impossibilidade de instrução no começo.

Documento novo é o documento a) que se encontrou depois, ou b) que se destina a provar fatos ocorridos depois de instrução da petição inicial ou da resposta, ou c) que se lançara contra documentos que se produziram nos autos. O art. 397 refere-se, explicitamente, a b) e a c). Mais adiante trataremos do assunto concernente a a).

Não se pense, porém, em que se afaste a produção posterior de documento se alguma prova ou começo de prova (e.g., perícia ou depoimento inveridico, malicioso ou omisso), qualquer que seja ela, porque o art. 397

apanha os casos de documentos novos contra documentos produzidos e os destinados a prova de fatos ocorridos depois: qualquer prova é documento posterior, e qualquer uma que não seja documental êstrito senso é fato ocorrido depois das articulações. A contraposição, conforme o art. 397, é a qualquer prova (cf. arts. 326, 327, 525, parágrafo único, 741, VI, e Código Civil, arts. 930-1.036).

-3. Autenticidade do documento O documento tem de ser autêntico, e não

viciado em ponto substancial, de modo que possa ser levado em conta. A autenticidade é o que primeiro se exige ao documento, porque exprime a verdade da atribuição do seu conteúdo intelectual a alguém, conforme melhor se disse sob o art. 40 ao se falar da validade ou falsidade do documento. Se da pessoa que externamente aparece como outorgante do documento, diz-se que é autêntico. E sobre a presunção de autenticidade que repousa a fé pública; portanto, a distinção entre instrumentos públicos e instrumentos privados. São caracteres materiais que servem à distinção, porém nem só eles, nem principalmente. O papel, o sinete, a maneira exterior da redação, como que nos avisam do que se trata; é todavia a redação em seu conteúdo intelectual, nas fórmulas, que nos assegura da atribuição da feitura material a órgáo do Estado com fé pública, com a presunção de ser outorgante a assinatura que lá se acha. A autenticidade do conteúdo intelectual, da outorga. Durante as lides, é hoje possível impugnar-se a autenticidade de documentos públicos, fora, portanto, da ação especial desconstitutiva e da ação declaratória de validade ou falsidade de documento (art. 40) As certidões e traslados (art. 365) apenas têm por si a presunção legal de autenticidade. Mals: o art. 131 não obsta à apreciação da falsidade; obsta a que, tendo-se por válido o documento, que é a forma que tem o ato, se dispense a substancialidade, quer dizer a despeito da regra legal.

Sobre o incidente da falsidade, arts. 390-395.

O Supremo Tribunal Federal, a 24.04.1952 (R.F., 155, 179), dispensou a juntada do contrato social se há ação entre os sócios, sem ter havido contrato. Entenda-se, porém, que isso somente ocorre se a ação pode ser proposta e o foi, isto é, se não se trata de ação que suponha a existência da sociedade. A cláusula penal, inserta em contrato posterior à constituição da mão-comum, pode ser eficaz, por não ser cláusula que suponha a existência da sociedade (Tribunal de Justiça da Bahia, 18.12.1951, R. dos T., da Bahia, 45, 277).

4. Instrução documental fora do momento próprio A despeito das regras jurídicas dos arts. 283 e 297, além de outros, tem-se de atender a que ao tempo da propositura da ação, ou da contestação, ou da exceção, ou da reconvenção, não tenha podido a parte, ou o assistente, apresentar o documento para a juntada. O art. 396

apontou duas hipóteses, porém, não se pode excluir a impossibilidade ou extrema dificuldade da produção no ensejo do ato processual.

Se a parte prova que por motivo de força maior, ou caso fortuito, não obteve o documento a tempo de propor a ação, ou de apresentar defesa, o documento é de admitir-se (8~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 29.01.1947, R. F., 114, 399), como se desapareceram autos e estavam em via de restauração, ou se a polícia procurava o livro das escrituras públicas, furtado ou roubado ao cartório.

Se o documento teve de ser junto porque posterior alegação da parte adversa tinha de ser rebatida, ou se serve a reforçar a prova feita por documento apresentado com a inicial ou com a defesa, devido a argumento contrário, o juiz não pode recusar a juntada.

5. Prova contrária Prova contrária, ou antiprova, é a que se faz contra a prova de outrem, a que tem por fito, não provar afirmação do que a produz, e sim elidir ou diminuir a eficácia objetiva ou a atendibilidade da prova que a outra parte produziu, está a produzir, ou vai produzir. Posto que, requerendo A exibição do documento a, B já saiba que eficácia objetiva ou que atendibilidade pode ter o exame de tal documento, nem por isso já foi exibido. Nesse caso é possível a antiprova ou prova contrária anterior àprova, ou simultânea. Simultânea também se B já suspeitava da juntada do documento e fez a prova contrária. Mas, de regra, a prova contrária éposterior à prova. O Código permite, a todo tempo, a produção da prova contrária. O art. 398 deve ser entendido, em geral, sem dependência do caso especial do art. 327.

Para os casos gerais rege o art. 398. Seja como for, o Código reconhece quatro casos de produção de documento fora da petição inicial e da defesa (ou das exceções, no tocante a elas): a) o do documento que está com a outra parte, ou com terceiro, que se resolve com a aplicação dos ais. 355, 360 e 398; b) no caso de força maior ou caso fortuito, inclusive o de se achar em autos de outra ação, sem tempo para a certidão; c) no caso de prova contrária, o que permite a aplicação do art. 398.

6. Audiência da outra parte Sempre que o juiz tiver de admitir a produção de documento, a parte contrária tem de ser intimada, com prazo de cinco dias, para que fale sobre o documento produzido. Ainda que dele se haj ajuntado cópia, ou rascunho, ou mesmo certidão não reconhecida pela parte. Sem ouvir a parte, não pode o juiz decidir,’89 e isso se aplica às cartas precatórias e rogatórias para exibição e exame de documentos fora da jurisdição. Se o juiz profere a sentença

sem ouvir a parte, é nula a sentença. Se trânsita em julgado, pode ser rescindível.

Sobre o documento junto após a petição inicial, ou a defesa, tem de ser ouvida a parte contrária. Se só foi ouvida em audiência, não teve a parte contrária o prazo de cinco dias e pode recusar-se a falar sobre ele;’90 de modo que se infringiu a regra jurídica do art. 398 (sem razão, já sob o Código de 1939, a 6~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 23.09.1947, R.F., 117, 474). A falta de audiência da parte contrária é nulidade não cominada, salvo se o documento não era elemento essencial

189 Se o fizesse, violaria o princípio da igualdade processual (&t 125, 1), emanação da isonomia constitucional, e os princípios do contraditório e da ampla defesa (Const. 88, art. 50, coput e LV).

190 Obviamente, o comentarista alude ao procedimento ordinário porque, nos procedimentos sumário e sumaríssimo, o contraditório ocorre na audiência ou complementar, como se não foi atendido pelo juiz (cf. 3~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 15.04.1948, J., 30, 220; 4” Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 01 .04.1948, R.

dos T., 174, 147).

Se os documentos foram juntos na segunda instância, a regra jurídica do art. 398 incide: tal jurídica é relativa às provas, e não à primeira instância; está no Livro 1, que é sobre o processo de cognição, em geral. Se o ou algum juiz que funcione na superior instância e possa admitir documento o admite, necessariamente tem de dar vista à outra parte com o prazo de cinco dias. Se ajuntada foi por ocasião de agravo, a vista ao agravado~

que tem de contraminutar, ou ao agravante, se foi o agravado que obteve a juntada. Se foi o apelante que a conseguiu, o apelado tem prazo jegal, que é suficiente. Se foi o apelado, tem a superior instância de dar vista, se o juiz não providenciou. A i~ Turma do Supremo Tribunal Federal, a 03.12.1951 (D. da J., de 30.11.1953, 3657), disse que não se precisa ouvir a outra parte, porque no debate pode o apelante dizer sobre os documentos; ~nas essa solução se chocaria com o art. 398, como acontecia ao tempo do código de 1939, onde

“juiz” é o singular ou o coletivo. Também é de fepelirse interpretação dada pela

4~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça dO Distrito Federal, a 05.12.1950 (D. da J., de 19.03.1952, 1367). Todavia, cal~C àparte, que tomou conhecimento do documento, ainda que não intimada (6” Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal,26.01 .1951, D. da J. de 3 de outubro, 3123), pedir vista pelo prazo de cinco dias, entendendo-se que desistiu dele se sobre o documento se manifesta, ou sobre ele 51ícncia (cf. 35 Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, 16.02.1952, paraná J., 55, 397; ia Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São PatilO, 15 e 18.09.1952, e 07.03.1950, R. dos 7’., 186, 138; 2~ Câmara do Tribunal de Alçada de São Paulo, 13.03.1952, 200, 519).

Sobre o documento junto, fora da petição inicial ou da defcSa, fala a parte contrária, e a parte que obteve ajuntada não mais é ouvida (3” Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 30.04.1946, R. do5 T, 164, 639), salvo se a parte contrária, que falou, juntou documentos, a ~eu turno.

Do despacho que não permite juntada de prova documental pela parte,fora do tempo, cabe agravo de instrumento. Se o despacho permitiu a

191 Trata-se, efetivamente, de despacho (art. 162, ~ 30), e não de decisão interlocutóri~’ (art. 162, t

20). Assinala-se, todavia, que o art. 522, na sua vigente redação, dada pelo art. 10 da ~ei n0

9.139, de 30.11.1995, só admite agravo das decisões interlocutórias. Deve-se então interpretar O dispositivo, no sentido de que por decisões interlocutória.s ele designa não apen~s 05 atos referidos no § 20 do afl 162, que decidem incidentes, como também os despachos (5i. 162, § 30), desde que não sejam de mero expediente, esles irrecorriveis (art. 504).

juntada, sem audiência da parte contrária, ou sem os cinco dias, que a lei assegura, o fundamento do agravo de instrumento é o mesmo (cf. Conselho de Justiça do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 28 de novembro de 1945).

Se o documento junto em tempo irregular, sem ser ouvida a parte contrária, não serviu à decisão para deferir ou indeferir pedido, nem fortalecer a convicção com que o juiz decidiu, não há nulidade; porém o fundamento está não em que se trata de nulidade não cominada, e sim em que é regra jurídica comum a todas as

nulidades que se não repete o ato, nem se lhe supre a falta, se não houve prejuízo para as partes (art. 249, §lo). Se, na superior instância, a reforma da sentença ou a sua confirmação se vai apoiar no documento, conforme o relatório ou o voto do relator, ou de qualquer dos juizes, tem de ser convertido em diligência o julgamento para se ouvir a parte contrária, salvo se teve ciência do documento e não arguiu, em agravo, ou, se junto após a sentença, ao relator, a falta de observância do art. 398.

Não se há de exigir que tenha interposto o agravo a parte contrária que ignorava ajuntada do documento, ou que por ela é surpreendida na audiência ou por ocasião do julgamento na superior instância.

O art. 249, § 20, incide em se tratando de informação do Art. 398. Por isso mesmo, se o argúente foi favorecido pela decisão que se apoiou, ou que argumentou com o documento, não se decreta a nulidade (6~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 22.04.1952, R. dos 7’., 202, 254).

Focalizamos agora que o juiz, se uma das partes requereu a juntada de documento ou de documentos aos autos, tem de ouvir a respeito do documento (“a seu respeito”) a outra parte ou as outras partes, tal audiência não é só sobre a natureza, veracidade, validade e eficácia do documento ou dos documentos produzidos; também pode consistir em sustentar a inadmissibilidade da produção do documento nos autos de que se trata. Pode ser impertinente, ou fora de tempo. Aí, quem a respeito se manifesta e sustenta a inadmissão, explícita ou implicitamente requereu o desentranhamento. No caso de admissão, têm de ser apreciadas as alegações de inveracidade, de invalidade e de ineficácia. Os arts. 245, 248 e 249, com o § 1’>, têm de ser observados. Tem o juiz, depois de ouvida a parte, que fez as argUições, de ouvir sobre elas a parte que produziu o documento.

Art. 399. O juiz 1) requisitará às repartições públicas, em qualquer tempo ou grau de jurisdição 2): J as certidões necessárias à prova das alegações das partes 3); II os procedimentos administrativos nas causas em que forem interessados a União, o Estado, o Município, ou as respectivas entidades da administração indireta 6)

Parágrafo único. Recebidos os autos, o juiz, mandará extrair 5), no prazo máximo e improrrogável de trinta (30) dias, certid5es ou reproduções

fotográficas das peças indicadas pelas partes ou de oficio; findo o prazo, devolverá os autos à repartição de origem 4)~

1. Direito anterior e direito atual Fonte, para o Código de 1973, como para o anterior, foi a Lei n0 4.743, de 31.10.1923, art. 26: “Será dada sem demora certidão, requerida às repartições públicas pelo querelado, para fundamentar a arguição por cuja causa seja chamado a juízo, ou pelo ofendido, para provar a falsidade dessa mesma argtiiçáo, salvo caso justificado no despacho de recusa, de tal certidão acarretar dano ao interesse público”. O parágrafo único acrescentava: “Recusada a certidão, será suspenso o andamento do processo até que a mesma seja apresentada. Se, porém, o réu de algum modo e por qualquer meio fizer renovar a arguíçao do mesmo fato que deu causa ao processo assim suspenso, prosseguirá o mesmo, independentemente de certidão.” Vê-se bem quão malfeito era o parágrafo, principalmente na última alínea, que importava em Non licet da administração semelhante a tabus de tribos primitivas. A Lei n0 4.743 nunca foi, quanto ao parágrafo, incluída no processo civil.

O fundamento necessário para que o juiz requisite certidões é a dificuldade em as obter a parte, ou a importância de tais certidões para o julgamento. Não se pode dizer que haja arbítrio puro do juiz, nem que só se possa invocar o art. 399 quando haja impossibilidade de obtê-las a parte.

Para que se defira o requerimento de requisição de certidões, é preciso que haja impedimento ou demora na extração delas. As certidões, em que se funda o pedido, hão de ser juntas à petição inicial e pode ocorrer o que se prevê no art. 284; as certidões, em que se baseia a defesa, acompanham a contestação, salvo invocação do art. 397. Em todos os casos em que a repartição pública não pode dar ou não quis dar ou está a demorar em dar as certidões, cabe a requisição, a requerimento do interessado ou de ofício. Se não houve qualquer ato dos interessados no sentido da obtenção das certidões, deve o juiz indeferir o pedido; mas tal inatividade dos interessados não pré-exclui a requisitabilidade, ainda de ofício, se a certidão é necessária ao julgamento da causa (art. 130).

As requisições de certidões dão ensejo ajuntadas, de modo que a parte contrária àquela a que as certidões aproveitam tem o prazo de cinco dias para falar.

O art. 399 do Código é invocável nos procedimentos dos executivos fiscais (já antes, a ~a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 30.06.1950, R. dos

T., 188, 891).

No Código de 1973, o art. 585, VI, põe como título executivo extra-judicial a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, do Estado-membro, do Distrito Federal, do Território, ou do Município, correspondentes aos créditos inscritos na forma da lei. Assim, pode o juiz requisitar, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, as certidões necessárias às provas das alegações das partes (art. 399, 1, o que já constava, com diferença de redação, do Código de 1939, art. 224). Não havia o que hoje se tem no art. 399, II, do Código de 1973. Mas tal regra jurídica também pode ser aplicada.

Na Lei n0 94, de 16.09.1947, sobre requisição de processos administrativos, para extração de peças, art. 1<', estabelece-se: "Nas causas em que forem interessados a União, os Estados, os Municípios, ou suas autarquias, os Juizes da Fazenda Pública, ex officio ou a requerimento das partes, poderão requisitar, por telégrafo ou ofício, os processos administrativos relacionados com o ato ou fato submetido ao Judiciário" (redação dada pela Lei n0 5.567, de 25.11.1969). Uma vez que "ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade" (art. 339), não se poderia deixar fora de tal dever as repartições públicas. O

art.399 refere-se ao dever perante qualquer juiz. Cf. art. 130.

A requisição pode ser para qualquer instrução (inicial, resposta). O requerente pode dizer porque necessita, ou que não obteve diretamente certidão; ou pode ser para alguma prova contra algo que alegara; ou para prova de feito superveniente.

Enquanto não for atendida a requisição, o processo fica suspenso, porque a suspensão acontece sempre que não pode ser proferida a sentença de mérito antes de verificado determinado fato, ou produzida certa prova que foi requisitada a outro juízo (art. 265, IV, b). O período de suspensão não pode exceder de um ano (art. 265, ~ 50) Todavia, em se tratando de carta precatória ou de carta rogatória só há suspensão (art. 336) quando a carta foi requerida antes do despacho saneador.

A requisição tem de ser atendida dentro do prazo. No Código de Processo Civil de 1939, art. 224, parágrafo único, dizia-se: "Se, dentro do prazo fixado, não for atendida a requisição, nem justificada a impossibilidade do seu cumprimento, o

juiz representará à autoridade competente contra o funcionário responsável.” O Código de 1973 não o acolheu. A Constituição de 1967, com a Emenda n0 1, art. 153, § 35, estatui: “A lei assegurará a expedição de certidões requeridas às repartições administrativas, para defesa de direito e esclarecimento de situações.”192 Dissemos nos Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n0 1, Tomo V, p. 655:

“A expedição de certidões requeridas para defesa de direito cumpre frisar-se de modo nenhum pode depender de apreciação da espécie pela repartição que as há de passar: seria permitir-se à autoridade administrativa arbítrio, ou, pelo menos, pré-exame do direito do requerente. A denegação somente se pode admitir por falta de legitimação do requerente para requerer, ou nenhuma ligação do conteúdo do ato certificável com o direito deduzido, ou a deduzir-se, em juízo ou administrativamente, ou sigilo. E escusado advertir-se que o requerimento há de dizer qual o direito que se afirma, para que se saiba qual a matéria que interessa à afirmação e prova dele. A repartição não pode exigir que se lhe declare qual a via que se vai tomar; afortiori, qual a

“ação”. Na espécie o requerente, ou o representado por ele, não tem de ser o titular do direito, razão por que se riscou, no texto de 1967, a palavra “individual”. No mesmo sentido, há de ser entendido o art. 224 do Código de Processo Civil de 1939 quando não se trate de pretensão à tutela jurídica, que se funde no art. 153, ~ 35. É

preciso pôr-se de lado jurisprudência anterior à Constituição de 1946 (e.g., o Acórdão do Supremo Tribunal Federal, a 14.05.1937); e repelir-se a mentalidade reacionária, contrária à Constituição de 1946, e a contra a de 1967, que tudo faz para reduzir a nada as melhores conquistas jurídicas que nelas se inseriram.” O art. 224 do Código de 1939 dizia: “O juiz, a requerimento ou ex officio, poderá requisitar a repartições públicas ou estabelecimentos de caráter público as certidões necessárias à prova das alegações das partes.” A falta do que estava no parágrafo único do art. 224 do Código de 1939 de modo nenhum afasta a legitimação do juiz, no caso de desatendimento injustificável, à representação à autoridade competente contra o funcionário responsável. A repartição pública, se desatende à requisição, tem de mostrar os motivos para a sua omissão. Ao juiz cabe apreciar o que a repartição pública alegou. O que o juiz decidir a respeito tem de ser comunicado àrepartição pública. É provável que, diante disso, a repartição pública atenda. Se, a despeito do que comunicou o juiz, nada fez a

repartição pública, não há outro caminho para o juiz que o de denunciar à autoridade competente o que ocorrera. A repartição pública é “terceiro”, no sentido dos arts. 360-363, de modo que pode expor-se a que haja busca e apreensão, depois da citação, com o prazo de dez dias para responder.

2. Determinação de ofício A determinação de ofício faz-se: a) quando o juiz ordena as diligências do art. 327, a propósito dos documentos do art. 283; b) quando ordena diligências necessárias à instrução do processo (art.

130); c) quando tem de evitar a decretação de nulidade.

3. Prova de alegações e certidiõess Qualquer alegações das partes que devem ser provadas na demanda, inclusive as das exceções, dão ensejo à requisição. O Conselho de Justiça do Distrito Federal, na Reclamação n0

74 (1941), decidiu que a regra jurídica era inaplicável ao pagamento do imposto de indústrias e profissões então existente, pois a lei o elevava a pressuposto da propositura das ações de honorários profissionais. Ora, ainda que nulo estivesse o processo pela falta do documento, o Código de 1973, como o de 1939, só admite que se pronuncie a nulidade se não se puder suprir a falta ou repetir-se o ato (art. 249). O Código não se refere somente às provas durante o processo e dentro dele. A certidão da prova do pagamento do imposto de indústrias e profissões é certidão como qualquer outra, inclusive como a de pagamento da taxa de correios e telégrafos do governo, que os escritores citam como exemplo de documento público. Quem vai a juízo cobrar honorários “alega” que é profissional e implicitamente que paga o imposto. Se o juiz lhe pode ter por inválido o feito, o que é bem discutível diante do art. 249, pois que o pagamento, ainda com multa, se faz a todo tempo, é porque admitiu a demanda, a relação jurídica processual se estabeleceu, crendo o juiz na alegação do autor, que, se é ré a própria Fazenda, pediu ao juiz a providência do art. 399. Tratando-se de ação executiva, está claro que o juiz deve exigi-lo antes; porém a falta acarreta a nulidade, e não a inexistência do processo ou da relação jurídica processual.

4. Comunicações de conhecimento e prova O Conselho de Justiça do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 31.03.1941 (R.F., 87, 714), quis distinguir os documentos da legitimação do autor e do réu e os documentos para prova das afirmações concernentes ao pedido. A regra jurídica, de antes e de agora, só se referiria a esses.

Ora, nem isso atende àtradição do nosso direito, nem à ciência, nem à letra da lei. As partes não têm apenas de provar o que enunciaram quanto ao “fato” e aos “fundamentos do pedido” (art. 282, III). Provam quaisquer comunicações de conhecimento: a sua identidade e a da parte contrária; o pagamento de impostos,etc. O art.

283, por exemplo, abrange quaisquer documentos; igualmente, os arts. 399, 390-395. Certa, a ~a Câmara do mesmo Tribunal, a 30.06.1942 (R.F., 92, 716; D., 17, 330).

5. Recebimento dos autos e extração O juiz, recebidos os autos, se é o caso, ordena que se extraiam, no prazo improrrogável de trinta dias, as certidões, ou se façam as reproduções fotográficas (lato senso) das peças que as partes indicaram, ou ele indicou. Findos os trinta dias, ou antes, se foram satisfeitas as exigências, têm de ser devolvidos os autos à repartição de que vieram.

6. Requisição de processos administrativos Se, em alguma causa, qualquer que seja, há interesse da União, de Estado-membro, ou de Município, ou de alguma entidade da administração indireta, em que se extraia certidão ou reprodução fotográfica de peça indicada por alguma das partes, ou por todas, ou de ofício, tem o juiz de requisitar que se exiba o processo administrativo ou que se lhe entregue. Pode bastar a exibição, extraindo-se imediatamente as certidões ou reproduções fotográficas. Se não se pode ser desde logo, tem o juiz o prazo de trinta dias, improrrogável. Não se há de tirar certidões ou reprodução fotográfica de peça que não tenha sido indicada pelas partes ou de ofício. Não se podem indicar peças que não sejam ligadas a fato ou ato que o juiz tem de examinar. Por isso, é de afastar-se qualquer exame do que é estranho ao assunto da causa. É possível que alguma peça seja, em virtude de lei, de segredo; e aí é de sigilo para todos, inclusive para qualquer exibição no Poder Judiciário, ou apenas como dever de autoridade administrativa e da autoridade judiciária que precise de certidão ou de fotografia, que haja de persistir em segredo.

Nunca se há de anexar aos autos da causa o processo administrativo. Tem de ficar no cartório, à disposição só do juiz e das partes, podendo acontecer que, se há multiplicidade de partes ou de intervenientes, que nada tenha com alguma ou algumas partes ou algum ou alguns intervenientes, no tocante ao fato ou ato que se haja de provar. O escrivão há de ser informado sobre quem pode examinar o processo administrativo. Ao juiz é que cabe determinar quem tem interesse na

certidão ou na reprodução fotográfica.

Como o prazo necessário é improrrogável, findo ele, ou, antes, por ordem do juiz, tem o processo administrativo de ser devolvido à repartição de origem. Ao juiz incumbe determinar quem pode suscitar a extração de cópias, bem como qual o ato ou o fato a que se liga a prova, e o tempo em que se há de atender à cópia. Não pode o prazo ser de mais de trinta dias; de modo que, se de um dia, ou outra data, de menos de trinta dias, o processo administrativo tem de ser devolvido imediatamente à repartição de origem. Pode ser que o juiz verifique ser desnecessária ou inútil qualquer certidão ou reprodução fotográfica, e ordene a devolução imediata, antes do prazo que se havia marcado.

Seção VI

Da Prova Testemunhal ~) 2~

1. Testemunho, fato do procedimento As testemunhas são pessoas que aparecem no processo, porém não na relação jurídica processual; são fatos na existentiafluens dessa, que é a instância. Daí serem inconfundíveis com os sujeitos processuais, inclusive com o mais leve interveniente adesivo, que não chega a ser parte. Falta-lhe o pressuposto de qualquer interesse na causa. São chamadas para expor em juízo o que conhecem de certos fatos que têm capital importância ou alguma importância para a causa. Expondo-os, enunciam o que se passou, tal como os sentidos, incluído o muscular, lhes revelaram, e tal como lhes ficou na memória: representações e ilações lógicas, nas quais tem de entrar o coeficiente psicológico do depoente testemunhal. Deregra, o que delas se espera é apenas a descrição, a narração, tal como a faz o homem comum. Se intervém o elemento do oficio, da arte, da técnica, da ciência da testemunha, ou ocorre certa valorização dela, ou se mescla à sua figura a do perito, sem que essa se exteriorize no campo processual.

2. Direitos e deveres A definição de testemunha delimita-lhe deveres e direitos: deve depor sobre fatos efetivamente ocorridos, assistidos por ela; e não pode ser obrigada a depor sobre aquilo a que não assistiu. Se, além de assistir a eles, tem competência para ir apreciar conseqüências desses fatos (todo fato é transeunte), então pode tal pessoa ser nomeada perito pelo juiz, ou ser indicada para perito pelos litigantes, sem que as duas figuras se confundam. As próprias respostas são diferentes, conforme dissemos quando tratamos dos peritos (arts. 145-147).

Toda prova há de ser considerada em sua eficácia objetiva (importância emanada dos fatos a que as declarações se referem, às vezes fatos jurídicos, ou das circunstâncias que permitiram ou favoreceram as declarações, o sentido ou os sentidos que intervieram, como a visão, a audição, o olfato, o paladar, o tato, o sentido muscular, as sensações internas, etc.) e em sua atendibilidade (idade, costumes, linha moral, posição, veracidade).

Se, às vezes, o fato ou os fatos, sobre que depõem as testemunhas, exaurem aqueles que são objeto das afirmações de uma das partes outras há em que apenas são indícios, de que o juiz poderá tirar a ligação entre fatos, ou completar algum fato. As testemunhas de ouvida alheia são testemunhas como as outras: testemunharam o quefoi dito. Se a parte quer provar, por exemplo, o rumor, é assim que prova. Ainda fora desse caso e dos semelhantes, o “ouvir dizer” prova circunstâncias que rodearam fatos afirm~u-1os e provados por outros motivos probatórios.

A menor força da testemunha de ouvida alheia está em que se refere ao que ouviu sobre o que outrem viu ou presenciou por outro modo.

As testemunhas, a que se refere o direito material, são as testemunhas instrumentárias, testemunhas voluntárias dos atos jurídicos. Não há, para tais pessoas, dever ou ônus de presenciar, oupresenciare assinar. Há, porém, o de servirem de testemunhas processuais, se arroladas; então, têm o dever de testemunhar, dever de testemunho instrumental, dito dever de confirmar ou não. As regras de direito material só entendem com as testemunhas dos atos jurídicos lato sensu; não com as testemunhas de atos-fatos jurídicos, ou de fatos jurídicos stricto sensu.

Testemunhos lançados em cartas ou outros escritos, extrajudiciais, têm, apenas, em juízo, valor de indício (cf.

3a Câmara do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 17.01.1952).

A testemunha tem o dever de dizer a verdade, que é conteúdo do seu dever de depor. Uma vez que se dá a qualquer ser humano o direito àtutela jurídica, não bastaria que, para se prestar tal promessa, se deixasse às partes apenas a prova documental e do próprio depoimento das partes. A prova testemunhal supóe conhecimento adquirido com os sentidos, ex propriis sensibus, ao passo que a

prova pericial se baseia em se precisar de doilhecimento posterior aos fatos pela aptidão da pessoa a verificar, certificar ou comprovar.

A testemunha tem de ser capaz de prestar o depoimento e ser chamada a depor. Para ser chamada a depor como testemunha é preciso que não seja parte, nem possa ser tida como parte. Trata-se de terceiro, que de modo nenhum intervém na relação jurídica processual. É alguém de fora, que não se opóe (arts. 56-61), nem foi nomeado a autoria (arts. 62-69), nem denunciado à lide (arts. 70-76), nem chamado ao processo (arts. 77-80).

Não foi chamado à relação juíídica processual, mas simplesmente para prestar testemunho, depor sobre o que sabe. Daí ser conveniente evitar-se o emprego de "testemunho" quando se trata de depoimento da parte, de declaração de perito. Aliás, no direito brasileiro, sempre se distinguiu depoente, testemunha e perícia.

Afastemos a confusão terminológica dos juristas italianos.

Subseção 1

Da admissibilidade e do valor da prova testemunhal

Art. 400. A prova testemunhal é sempre admissível 2) não dispondo a lei de modo diverso 1)• O juiz indeferirá a inquirição de testemunhas 3) sobre fatos:

1já provados por documento ou confissão da parte;

II que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados.

1. Admissão e valor As provas são admissíveis, ou inadmissíveis. Quando o direito material exige o documento público, sem limitação àexigência, a prova de escrita particular e a testemunhal são inadmissíveis.

Após a admissão é que se aprecia a eficácia probatória.

2. Lei e admissibilidade Se a lei estatui que alguma prova não se há de acatar, nega-lhe qualquer eficácia probatória, na dimensão jurídica. Pode acontecer que costumes econômicos ou a moral lhe atribua efeito ou efeitos. É outro assunto.

Advirta-se que, mesmo na dimensão jurídica, pode alguma pessoa física ou

jurídica exigir dos seus clientes determinada espécie de prova. Não só a lei. Há inadmissibilidade negocial.

Em princípio, há a admissibilidade da prova testemunhal. Para que não seja admitida, é preciso que a lei crie exceção. Daí o art. 400, depois de explicitar a exigência para se negar a prova testemunhal, dizer que o juiz tem de indeferir a inquirição de testemunha se já provado, por documento, ou confissão da parte, o fato de que se trata, ou se somente por documento público ou privado ou por exame pericial poderia ser provado. Na primeira espécie, já se tem como completa, suficiente, a prova feita; na segunda, a prova testemunhal não é de admitir-se; por maior que fosse o número de testemunhas, nenhuma eficácia probatória teria o que elas declarassem.

Quando para algum ato se exige determinada forma, não entra ele, sem isso, no mundo jurídico: não existe. As vezes, o documento, por si só, não éconstitutivo de juridicidade, pois há de ser documento público, escritura pública. Daí não caber a prova testemunhal se a lei impôs o documento; a fortiori, se impõe a escritura pública, o documento público, ou alguma solenidade ao documento público.

No procedimento pode ocorrer que o fato somente possa ser provado mediante exame pericial. Aí, é possível que, a despeito da perícia, haja prova testemunhal para que se alicerce a impugnação do exame, ou que dela precise o próprio perito.

3. Indeferimento de inquirição de testemunha O indeferimento da inquirição supóe que seja desnecessária, por haver prova documental, ou confissão da parte, ou se foi exigido, como elemento insubstituível, outro meio de prova.

Art. 401. Aprova exclusivamente testemunhal’) só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados2)3).

1.Prova exclusivamente testemunhal No art. 401, há invocação do direito material, uma vez que se exige, para que se admita a prova testemunhal, o valor apontado na lei processual civil: dez vezes o maior salário mínimo vigente no País. O tempo rege o ato, de modo que é essencial saber-se qual adataem que se concluiu o negócio jurídico (não só o contrato, entenda-se). Pode ocorrer que a

prova testemunhal apenas seja uma das provas, o que compete ao juiz apreciá-las conforme a lei.

No Código Civil de 1916, art. 141, há regra jurídica sobre a prova exclusivamente testemunhal nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do salário mínimo vigente no país. Só se fala de “contratos”. Não se pense em outros atos porque a expressão “contratos” só se pode estender a outros negócios jurídicos que não sejam contratos. O ser negocial o ato é essencial.

2. Documento ou prova pericial Se a lei ou a própria natureza do fato jurídico exige o documento, não se pode admitir prova testemunhal. Há, porém, a necessidade da prova testemunhal se concerne ao próprio documento; e.g., alguém furtou e levou ao devedor, ou o próprio devedor furtou, ou conseguiu tomar-lhe a tença como subterfúgio, ou as testemunhas assistiram ao rompimento da peça pelo devedor, ou por outrem. Dá-se o mesmo com a necessidade da prova pericial, sem que, com isso, e.g., fiquem os peritos em situação de ouvirem testemunhas, a fim de completarem o laudo.

3. Tempo a que se liga o valor do contrato A data, de acordo com a qual se há de apreciar o valor do contrato, ou outro negócio jurídico, tem de ser aquela em que se conta o décuplo do maior salário mínimo. Pode acontecer que a outra parte concorde (art. 261, parágrafo único), o que facilita a solução.

A ação pode ser até de consignação em pagamento. Se há a impugnação do valor, então há de ser autuada em apenso, ouvindo-se o autor no prazo de cinco dias, e em seguida, sem suspensão do processo, no prazo de dez dias, o juiz dirá qual o valor da causa, servindo-se do auxílio do perito, se necessário (art. 261).

Art. 402. Qualquer que seja o valor do contrato, é admissível a prova testemunhal, quando ‘): 1 houver começo de prova por escrito, reputando-se tal o documento emanado da parte contra quem se pretende utilizar o documento como prova 2);

II o credor não pode ou não podia, moral ou materialmente 3), obter a prova escrita da obrigação, em casos como o de parentesco, depósito necessário ou hospedagem em hotel 4)~

1. Negócio jurídico e prova testemunhal O art. 402, que é de grande relevância,

cogita dos contratos, qualquer que seja o valor do contrato, em que excepcionalmente se admite a prova testemunhal. De certo modo, atinge-se o direito material, uma vez que se trata de prova de constituição do contrato. A expressão “contrato”, como quase sempre aparece nas leis, por falta de terminologia, está em vez de negócio jurídico. E.g., foi prometido prêmio e o número do recibo da peça, música ou objeto está com a pessoa que se diz premiada e leva a juízo testemuhha.s de que a pessoa foi mesmo a que levou a peça, música ou objeto à competição, como sendo a autora.

2. Começo de prova por escrito Se quem escreve, ou ordenou que se escrevesse a carta, o fez em presença de outra pessoa, e entregou a quem de tal documento se quer utilizar como prova, pode fazer prova testemunhal.

Pode acontecer que, na ocasião, o gerente da empresa tenha tomado do datilógrafo a carta e lançado assinatura de difícil reconhecimento, como às vezes ocorre com diretores, gerentes e agentes que só traçam letras, ou nomes reduzidos em sílabas.

A finalidade do art. 402,1, é a de respeitar o princípio da admissibilidade da prova testemunhal, a despeito de se haver inserto o art. 401, que abre exceção ao princípio, e o art. 400,11. Se ocorreu começo de prova por escrito, não se substitui pela prova testemunhal o que havia de constar do documento, apenas, conforme o art. 402,1, se existe começo de prova por escrito. A prova testemunhal, aí, corrobora, complementa, fortalece. Abstrai-se do valor do negócio jurídico e de exigência legal deforma, porque se parte da existência e começo de prova por escrito e se confere ao testemunho eficácia complementar, subsidiária. Daí a definição de começo de prova por escrito:

documento emanado da parte contra quem se pretende utilizar o documento como prova. Ainda quando não se tem a certeza da existência, validade e eficácia do escrito, é admissível a prova testemunhal uma vez que satisfaça o que se há de exigir para a convicção. A soma dos dois elementos probatórios leva à conclusão de que tinha razão quem fez o pedido, apontou o começo de prova por escrito. Qualquer escrito, que sirva a começo de prova, é complementável com a prova testemunhal. Foi escrita da parte, ou de alguém que a representou ou apresentou. O que se tem de verificar é se a parte, ou seu representante ou presentante, a que se atribui o escrito,podia escrever o documento correspondente ao negócio jurídico. O que não se pode afastar é o requisito da

verossimilhança, parecença com a verdade.

3. Impossibilidade material ou moral Se alguém entregou ao cônjuge, ou a filho, neto, irmão ou outro parente determinada quantia para que ele fosse, depressa, depositar no banco, em seu nome, ou no do parente, e assistiram ao fato testemunhas, nada impede que se admita a prova testemunhal. Idem, se a pessoa foi ao hospital, em que o parente estava internado, para pagar, em dinheiro, as despesas, e foram testemunhas disso quem o acompanhou, alguma pessoa que também estava perto do calxa e o próprio caixa, a despeito de não figurar na conta o nome do pagador. Se alguém se hospeda em hotel em alta hora da noite, quando alnda não podia ser-lhe dado recibo da hospedagem, e ao sair entrega a quantia à pessoa que o deixou entrar e ocupar o quarto ou apartamento, e pessoas que o foram buscar assistiram ao pagamento, cabe a prova testemunhal.

Outrossim, se o hoteleiro atendeu a alguém que pediu quarto ou apartamento para amante e, a despeito de haver quem assistisse à entrada, à permanência e à saída, a pessoa que tomou o apartamento não pagou e o hoteleiro não quis remeter-lhe a nota, ou chamá-la pelo telefone.

O que importa, para que se aplique o art. 402, II, é que o interessado haja alegado e provado que não lhe foi possível obter o documento, necessário à prova. A impossibilidade pode ter resultado de extravio ou de furto do documento, ou de incêndio. A prova testemunhal tem de referir-se ao documento que literalmente provaria a obrigação e ao seu conteúdo.

4. Depósito necessário Depósito necessário é o que se há de fazer em cumprimento de alguma obrigação, oriunda de regra geral, dever ope legis, ou em caso de calamidade, como se ocorre incêndio, inundação, naufrágio, ou saque, em que a prova testemunhal, como qualquer outra, é admissível. Pense-se mais nas bagagens de viajantes, de hóspedes ou fregueses, em hotéis, motéis, estalagens ou casas de pensão. Sobre depósito necessário, Tratado de Direito Privado, Tomo XLII, §~ 4.667-4.672, e XLVI, § 5.033, 4.

Art. 403. As normas estabelecido.s nos dois artigos antecedentes aplicam-se ao pagamento1) e à remiss& da dívida2).

1.Pagamento e remissão de dívida O pagamento é ato-fato jurídico. Paga-se com simples ato-fato, qualquer que seja o valor. Ato humano é o fato produzido pelo

homem; às vezes, não sempre, pela vontade do homem.

Se o direito entende que é relevante essa relação entre o fato, a vontade e o homem, que em verdade é dupla (fato, vontade-homem), o ato humano é ato jurídico, lícito ou ilícito, e não ato-fato, nem fato jurídico strzcto sensu. Se, mais rente ao determinismo da natureza, o ato é recebido pelo direito como fato do homem (relação

“fato, homem”), com o que se elide o último termo da primeira relação e o primeiro da segunda, pondo-se entre parênteses o quid psíquico, o ato, fato (dependente da vontade) do homem, entra no mundo jurídico como ato-fato jurídico.

Não se desce à consciência, ao arbítrio de se ter buscado causa e fato da vida e do mundo (definição de vontade consciente); satisfaz-se o direito com a determinação exterior. Actas vem de ago, agere. Há movimento próprio, com objetivo, ou mesmofim; não há só o alcance, que é o da pedra que rola e bate na muralha, ou da fruta, que cai. Agir com o dedo indicador deu indago, indagação. Agir, indeciso, deu ambiguus, ambigUidade. Porque já há opção no agir, que at, “mas”, no latim, e ak, “mas”, no gótico, no anglo-saxão e no velho saxão, têm o mesmo étimo. Nofactum, há apenas, o “feito”; donde poder-se distinguir do fato a vontade (distinguire voluntatem a facto). Se esvaziamos os atos humanos de vontade (= se dela abstraímos = se a pomos entre parênteses), se não a levamos em conta para a juridicização, o actus éfactum, e como tal é que entra no mundo, jurídico. É de tratar-se, então, como aqueles fatos que, de ordinário, ou por sua natureza, nada têm com a vontade do homem. É o casus (cf. casus fortuitus, Casum sentit dominus, Casus a nulio praestatur), a simples queda, o acaecimento, ou acontecimento, duas palavras portuguesas que têm o mesmo étimo (cadescere, como cadere, cair).

Os atos-fatos jurídicos são os fatos jurídicos que escapam às classes dos negócios jurídicos, dos atos jurídicos stricto sensa, dos atos ilícitos, inclusive atos de infração culposa das obrigações, da posição de réu e de exceptuado (ilicitude infringente contratual), das caducidades por culpa, e dos fatos jurídicos stricto sensa.

Abrangem os chamados atos reais, a responsabilidade sem culpa, seja contratual, seja extracontratual, e as caducidades sem culpa (exceto o perdão). Ainda

quando, no suporte fáctico, de que emanam, haja ato humano, com vontade ou culpa, esses atos são tratados como ato-fato.

2. Remissão de dívida Discute-se se a remissão de dívida é negócio jurídico, ou ato jurídico stricto sensu. Em verdade, no suporte fáctico da remissão, ainda quando se trate de simples entrega voluntária do escrito particular, há manifestação de vontade negocial, inconfundível com o que se passa com o pagamento, ato-fato jurídico, ou com o perdão, declaração de sentimento. Remir é recomprar, readquirir, afastar pagando, livrar-se solvendo. De remir vem remição, que os inexpertos confundem com remissão. Remitir é que vem de remittere e a remissio é que corresponde remissão. Não se remitem pecados; redimem-se, a despeito do milenar erro de latim. Redentor redime, rime; não remite. É difícil compreender-seque, com tantos alardes oratórios e polêmicos em torno do Código Civil de 1916, tenham escapado aos chamados lingUistas erros como esse, de língua portuguesa, que tanto atinge, fundamentalmente, a terminologia jurídica.

A remissão da dívida não exige forma especial; e nisso também se distingue do contrarias consensus (distrato).

A própria entrega voluntária do título de obrigação, que é a espécie exemplificante, basta, se se trata de escrito particular. E a remissão da dívida sem palavras, ou com palavras inúteis ou supérfluas e às vezes até hostis ao ato voluntário (“Entrego, tratante; mas aqueles gêneros eram da pior espécie”). Pode resultar de oferta ou de aceitação pelo credor (Otto Warneyer, Kommentar, 1, 677). A remissão de dívida, por ser abstrata, se foi feita com a intenção de dor, não é doação, nem promessa de doação. Não segue, pois, os princípios dessa, quer quanto ao fundo, quer quanto à forma.

A remissão semidoação, causalmente, ou doação, não está sujeita a forma especial (Otto Warneyer, Kommentar, 1, 678), salvo se, para a espécie, há lei em sentido contrário.

O devedor, que invoca a remissão da dívida, não tem de provar a causa, nem mesmo de referir-se a ela; salvo se a causa ressalta, no negócio jurídico. Discutindo-se, porém, a entrega do documento particular, ou a quitação, e alegando o devedor que houve remissão, aí o ônus da prova cabe ao devedor (Otto Warneyer, Kommentar, 1, 679).

Art. 404. É lícito àparte inocente provarcom testemunhas1):nos contratos simulados 2) divergência entre a vontade real e a vontade declarada;

11 nos contratos em geral, os vícios do consentimento 3),

1. Parte inocente e terceiro O art. 404 somente fala de “parte inocente”, mas: a) se o ato aparente, entre os figurantes, não é nocivo, por isso não é dispensada a ação, que aí seria declarativa de ato jurídico só aparente (=

não ato jurídico); b) o terceiro que depara com negócio jurídico simulado, que lhe causa ou pode causar-lhe prejuízo, pode alegar a simulação e fazer prova testemunhal, a despeito de não ser “figurante inocente”, “parte inocente” a que se refere o art. 404, tem de ser conceituada como qualquer parte no processo, e não só figurante do negócio jurídico (a ação, aí, é constitutiva negativa, pois, com o prejuízo já produzido, ou que se vai produzir, o negócio entrou no mundo jurídico e é anulável); c) a simulação com ofensa da lei também faz anulável o negócio jurídico, e a ação pode ser proposta, por exemplo, pelo Estado, por haver discrepância entre as declarações de bens por parte dos figurantes.

2. Negócios jurídicos simulados Negócios jurídicos simulados, e não só contratos, são os negócios jurídicos em que há vício de vontade específico. Aí, há a distinção em confronto com outros vícios: se quem manifesta a vontade desconhecia a divergência entre o man~festo e o querido, houve erro; se desconhecia a conduta de outrem, intencionalmente dirigida a obter a manifestação de vontade, com dados não-verdadeiros, criados, mantidos ou fortalecidos, houve dolo; se ocorreu intimação, houve coação, violência; se a manifestação receptícia de vontade se deu com a vontade de que não entrasse no mundo jurídico, ou entrasse com outra figura jurídica que aquela que se comporia com o que se manifestou, ou, diferentemente, com a mesma, houve simulação. Simular vem de simal, advérbio, com o sentido de fingir ser, ou de se aparentar o que não se é, ao passo que semelhar, semelhança, similar, derivam de similis, adjetivo. Alguém, que se assemelha a outrem, nada faz para isso: a relação entre os dois é objetiva. Quem simula, ou quem dissimula, faz por aparentar, ou por encobrir. Nos negócios jurídicos simulados algo se faz aparecer que não é querido: ou o próprio ato jurídico, ou parte dele, ou a data. Mas é elemento necessário do suporte fáctico que haja a intenção de prejudicar a terceiros, ou de violar regra jurídica, ou que se dê tal prejuízo ou violação.

É preciso desde logo atender-se à sistemática jurídica; o ato jurídico que se simula entrou no mundo jurídico, com o seu suporte fáctico; tem-se,no plano da validade, de ir contra ele, se ele ofende a lei ou interesses de terceiros, ou pode ofender, isto é, se a favor de alguém nasce a pretensão à anulação.

Se não há uma dessas intenções, ou resultado, não se pode pensar em simulação que invalide o ato jurídico. Os figurantes podem alegar em juízo essa simulação, um contra o outro. Se não havia intenção de introduzir no mundo jurídico o ato, a simulação é absoluta. De ordinário, o direito material não fala de tal simulação absoluta, porque, se falasse, seria regra jurídica pré-excludente, isto é, para se dizer que o ato não é jurídico (=

não entra no mundo jurídico). Se a simulação é absoluta, isto -é, sem que tenha havido intenção de prejudicar a terceiros, ou de violar a lei, ou de constituir negócio jurídico, e assim se provar a requerimento de algum dos contraentes, nenhum ato existiu. Assim, o suporte fáctico que entra no mundo jurídico éo suporte fáctico em que há a intenção de prejudicar a terceiros ou de violar a lei, ou, a par da simulação; o prejuízo ou a violação.

Entra, embora invalidamente. No mundo jurídico, desse ato jurídico anulável nasce aos terceiros lesados e ao Estado, a bem da lei, a ação de anulação. Se falta a intenção ou o fato de prejudicar, ou de fraudar a lei, a simulação é inocente. Uma vez que seja absoluta, não entra no mundo jurídico. Ação a respeito dela seria ação declarativa negativa: o negócio jurídico não existe, nem existiu.

“Simulatio”, dizia, excelentemente, Alvaro Valasco (Decisionum Consultationam, II, 368), “est quaedam maquinatio, per quam aliud exterius ostenditur, aliud vero intrmnsecus intendunt partes”. Pôs ao vivo que, em tal maquinação, algo se ostenta exteriormente, algo de exterior se mostra, enquanto algo de verdadeiramente intrínseco entendem os figurantes. Ostenta-se o que se quis; e deixa-se inostensivo, aquilo que se quis.193 Na simulação absoluta, no ato jurídico aparente, actus imaginarius, nada se quis (consensus est remotus ab actu).

Na simulação-vício, na simulação de que se trata no art. 404, 1, “unum contractum palam facio, et ostendo me facere, et alium in veritate intendo”, ou se a pessoa, que figura, é interposta, para que apareça o que se não quer e não apareça o que se quer. A simulação éabsoluta quando não se quis outro ato

jurídico para se dissimular, ou simplesmente dissimulando-se outro ato jurídico. Quae non sunt, simulo,

193 Pode ser que o comentarista haja querido escrever "ostenta-se o que mIo se quis; e deixa-se inostensivo aquele que se quis", a menos que tenha pretendido dizer que se quis mostrar uma coisa para se ocultar outra.

quae sunt, ea dissimulantur. Mostra-se o não-ser; e esconde-se o ser. Se a simulação foi absoluta, nada feito. Se foi relativa, isto é, se algo se quis, embora não apareça, e de alcance nocivo, o ato jurídico existe e os figurantes não se podem alegar, posto que os terceiros ou os representantes do poder público possam promover a anulação do que existe e aparece.

Muitas vezes têm surgido definições de negócios jurídicos como atos em que se querem efeitos jurídicos. Ora, o que se quer é a categoria, com os seus efeitos ou na medida em que se possam querer esses efeitos. Quem simula não quer a categoria, quer algum, ou alguns efeitos delas, ou nenhum. É essa aparentação que está à base de qualquer simulação, licita ou ilícita. O chamado sentido amplo de simulação mistura figuras distintas: a reserva mental, a simulação absoluta ou relativa inocente, a simulação invalidante. O que simula de modo absoluto, por isso mesmo que se coloca, com o seu ato, fora do mundo jurídico, nenhum ato jurídico suscita.

Simulata non valent, diria Modestino, ao tempo em que "valer" era existir no mundo jurídico, e "não valer" não existir: "Os contratos imaginários, ainda nas compras-e-vendas, não obtêm vinculo jurídico, quando se simula o real do fato, sem interceder verdade." Excelentemente dito: "Contratus imaginarii etiam in emptionibus iuris vinculum non optinent, cum fides facti simulatur no intercedente veritate" (L. 54, D., de obligationibus et actionibus, 44, 7). O não ser não gera efeitos. Antes dele, Galo (L. 30, D., de ritu nuptiarum, 23, 2): "Simulatae nuptiae nuílius momenti sunt"; e Paulo (L. 55, D., de contrahenda emptione, 18, 1): "Nuda et imaginaria venditio pro non facta est, et ideo nec alienatio eius rei intellegitur." Na L. 20, C., de donationibus inter virum et uxorem, 5, 16, atendeu-se ao elemento de ilicitude que se pode juntar à simulação. A vontade é, aí, necessária à entrada do ato no mundo jurídico; a declaração de vontade não é diferente porque exatamente não se quis e a declaração mesma é inapta à juridicização. Não são o mesmo a declaração de vontade de quem vende a declaração de vontade de quem brinca ou finge vender.

Em toda simulação há a divergência entre a exteriorização e a volição, quer seja quanto ao objeto, ou, melhor, quanto à matéria, de re ad rem (B vende manuscritos, dizendo vender pastas), ou quanto à pessoa, de personam ad personam (A doa a C, dizendo doar a B), ou quanto à categoria jurídica, de contractu ad contractum (A doa dizendo vender), ou quanto às modalidades, de modo ad modum (contrata sob condição de não casar, dizendo que o faz sob condição de morar em certo país), ou quanto ao tempo, de tempore ad tempus (contratou por cinco anos a casa, dizendo ser por três anos), ou quanto a fato, de facto ad factum (A declara que pagou, e não pagou, ou vice-versa), ou quanto ao lugar, de loco ad locum (A assina co~o se fora concluído no Brasil o contrato que concluíra no Uruguai; cf. Álv~ro Valasco, Decisionum Consultationum, II, 369).

O ato jurídico é simulado quando, com o consentimento expresso, ou tácito, oral ou escrito, do destinatário da manifestação aparente de vontade, no mesmo ato, ou noutro, se conclui, para que não tenha eficácia. fal definição sugeriria a classificação do ato jurídico simulado como ato ine~jstente (ato jurídico simulado = ato fáctico não-juridicizado), ou, pelo melios, nulo (cf. Código Civil alemão, ~ 117). O direito brasileiro tem-no por existente e apenas anulável, se houve alcance ou prejuízo a terceiros, ou violação de lei. Se não houve aquele, nem essa, não há ato jurídico. A simulação foi absoluta.

Quanto à simulação unilateral, F. C. von Savigny (System, III, § 134, 259) identificava-a com a reserva mental.

Idem, B. Windscheid (Wille und Willenserklàrung, 98). Já as distinguia Albr. Schweppe (Das Rõsmische Privatrecht, III, 112) e Josef Kohler (Studien uber Mentalreservation und Simulation, JahrbUcher flir die Dogmatik, 16, 98) acentuou-o. Na reserva mental, a outra pessoa não entendeu tudo o que foi querido (algo foi reservado in mente); na simulação unilateral, o que se manifestou já está, e pode obrigar (L. Scheiff, Die Divergenz zwischen Wille und Erklãrung, 27). Mais: pode, simulando, causar prejuízo a alguém ou violar a lei.

A simulação invalidante é simulação mais elemento ilícito, que dá ensejo à sanção de não-validade. Para se pensar em simulação invalidante é preciso que a) haja simulação, b) a despeito dela, o ato entre no mundo jurídico e c) haja ilicitude, de que resulte a invalidade. Daí, quando se encontra definição de

simulação, ter-se de saber o que é que se está definindo: a) a simulação que fica fora do mundo jurídico, b) a simulação que não obsta à entrada no mundo jurídico, nem à validade, c) a simulação que não obsta à entrada no mundo jurídico, porém é causa de invalidade. Ao definir-se simulação, pode-se definir o que contém a) e b) e c), ou só a) e b), ou só c)~ As adjetivações "simulação absoluta inocente", que é a), "simulação relativa inocente", que cabe em b), e "simulação absoluta ou relativa, inocente", que é a) e b), e "simulação nocente", ou invalidante", ou

"viciante", que evitam que se perca tempo em se criticarem definições.

Os negócios jurídicos anuláveis, por simulação, a que alude o art. '104, 1, para violar lei, não se hão de confundir com os atos jurídicos in frau4em legis, em sentido estrito. Nesses, em vez de simulação, há ato jurídico realmente querido para se violar a lei, escapando a ela. Quando, se o sistema jurídico contém regra jurídica de proibição de doação entre casados, o marido simula venda à mulher (L. 5, § 50, e L. 7, § 60, D., de donationibus inter virum et uxorem, 24, 1), háfraus legis, e não violação da lei mediante a simulação (sem razão, Jakob Vetsch, Die Umgehung des Gesetzes, 13). A invocação da simulação invalidante é em ação de anulação. O ônus da prova incumbe a quem a invoca. Seria de recomendar-se, de iure condendo, que os juizes pudessem decretar a não-validade do negócio jurídico eivado de simulação, se há ofensa à lei. Todavia, no direito brasileiro, a sanção pela simulação é a de anulabilidade, e não a de nulidade. Nenhuma simulação, no direito brasileiro, tem sanção de nulidade. Ou a simulação é pré-excludente, da entrada do ato no mundo jurídico, ou não é pré-excludente, nem invalidante, ou é causa de anulação. Ou não entra, ou entra com ou sem o defeito.

No direito brasileiro, a simulação relativa e nociva apenas torna anulável o ato; não há nulidade; sob a influência de leituras estrangeiras, alguns acórdãos se aventuraram a falar de nulidade (e.g., os do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a 21 de novembro de 1949, 30.01.1950 e 12.06.1950, O Diário, de 20.06.1951 e 03.07.1951). Absurdo maior éfalar-se de ação declaratória da simulação, a respeito da ação de anulação, como fez a 4" Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 22.02.1939 (R. dos T., 119, 661), por sugestão de comentadores apressados. Também éde repelir-se dizer-se que na simulação, o negócio simulado não existe realmente: o negócio simulado aparece e é, o dissimulado não aparece, se bem que sejam os seus efeitos o que o simulante quer (e.g., 2a

Câmara do Tribunal de Justiça do Paraná, 02.02.1950, Paraná J., 51, 379).

Nunca se discutiu, nem se pôs em dúvida, no direito brasileiro, se cabia provar-se a simulação, pelos vulgares meios de prova, inclusivetestemunhas, indício e presunções. Manuel Álvares Pêgas (Resolutiones Forenses, 1,458) foi claro: "... illius probatio est difficilis. Et in ea, quae sunt difficilis probationis, admittitur probatio per indicita et praesumptiones"; II, 1144 s.). O relator do Acordam do Desembargo do Paço, a 13 de abril de 1680, disse que "probari posse dictam simulationem per conjecturas indubitabile est". E já citava a Alvaro Valasco (Decisionum Consultationum, II, 370), que escrevera: "... probatio (simulationis) admittitur per indicia et praesumptiones, velut dolus, fraus, usura, actus venereus, et alia uiusmodi". Mais: "una coniectura sufficiet, ut reddat in instrumentum simulation" (cf. Felicianó da Cunha França, Additiones aureae que Iliustrationes, 1, 208

s.).

O Onus da prova da simulação cabe a quem a alega (Manuel Álvares Pêgas, Resolutiones Forenses, II, 1144).

Quando a prova testemunhal ou incliciária, ou as presunções não bastam, nem há outra prova, dá-se por improvada a alegação (2" Câmara do Tribunal de Apelação de Pernambuco, 31.08.1945, A.F., 17,471); e o mesmo é dizer-se que, na dúvida, se tem por válido o ato jurídico (e.g., Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 02.05.1949, A. J., 95,258).

Se há divergência entre a vontade existente e a vontade declarada (declarou-se existente o que não existia, fingiu-se, simulou-se), a parte inocente pode usar da prova testemunhal. Parte inocente não pode haver, se os figurantes do negócio jurídico agiram fraudulentamente, ou se, como autor e réu ou como autores ou réus, estão a agir fraudulentamente. Daí a relevância do art. 104 do Código Civil: "Tendo havido intuito de prejudicar a terceiros, ou infringir preceito de lei, nada poderão alegar, ou requerer os contraentes em juízo quanto à simulação do ato, em litígio de um contra o outro, ou contra terceiros." Daí o art. 129 do Código de Processo Civil:

"Convencendo-se, pelas circunstâncias de 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.” Aí não há parte inocente. No próprio Código Civil, art. 103, não se considera defeito a simulação, nos casos do art.

102, quando não houver intenção de prejudicar a terceiros, ou de violar disposição de lei. Se um dos figurantes é inocente, a ação tem de ser entre eles, e o inocente pode utilizar-se da prova testemunhal. O art. 404 teve por fito a proteção da parte inocente. Por isso, não se precisa invocar o art. 404 quando a ação é contra terceiros: o terceiro pode sempre apresentar prova testemunhal. Idem, se a ação é proposta pelo terceiro.

3. Vícios do consentimento Além da simulação, há, conforme, antes dissemos, outras causas de anulação (erro, dolo, coação). No art. 404, II, a referência é geral. Também “contratos” está em vez de negócios jurídicos. A alusão, no art. 404, 1, à simulação foi acertada, porque aí não só se admite a prova testemunhal quando o caso é de anulabilidade, mas qualquer espécie de simulação que possa ser objeto de ação; portanto, a própria simulação absoluta inocente e a simulação relativa, sem inocência, ou a simulação de negócio jurídico unilateral.

O art. 404, II, fala de “vícios do consentimento”. Temos, porém, de entender, afortiori, que a prova testemunhal também cabe se não há vícios mas falta de consentimento. Quando se consente declara-se vontade diante de fatos ocorridos ou diante de não-ocorrência de fatos. Se não houve o fato ou os fatos que levaram à declaração de vontade, a pessoa tem razão para provar por meio de testemunhas o que na verdade acontecera: não houve o fato ou os fatos, ou houve o fato ou os fatos.

Art. 405. Podem depor como testemunhas’) todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.

~ 10 São incapazes2):

1 o interdito por demência;

II o que, acometido por enfermidade, ou debilidade mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los; ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções; 111 o menor de dezesseis (16) anos;

IV o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam.

~ 20 São impedidos3):

1 o cônjuge, bem como o ascendente e o descendente em qualquer grau, ou colateral até o terceiro grau, de alguma das partes, por consangiiinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público, ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova, que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito.

lio que é parte na causa;

III o que intervém em nome de uma parte, como o tutor na causa do menor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros, que assistam ou tenham assistido as partes.

~ 30 São suspeitos ~):

1 o condenado por crime de falso testemunho, havendo transitado em julgado a sentença; II o que, por seus costumes, não for digno defé;

III o inimigo capital da parte, ou o seu amigo íntimo;

IV o que tiver interesse no litígio.

~ 40 Sendo estrita,nente necessário, o juiz ouvirá testemunhas impedidas ou suspeitas; mas os seus depoimentos serão prestados independentemente de compromisso (art. 415) e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer 5),

1. Capacidade testemunhal Em princípio, tem-se de simetrizar a matéria da capacidade de ser testemunha nos processos, remetendo ao direito material. Quem é incapaz de testemunhar em direito material também o é nos processos, mas o Código de 1973 entendeu invadir, até certo ponto, o Direito Privado. Se lei de direito material sobrevier, passará à frente

em tudo que for diferente do art. 405. As primeiras pessoas excluídas, ditas impedidas de testemunhar, são-no, por direito processual, as partes; e essas partes estão excluídas, ainda que sejam outros que em seu nome demandem.

Depois, os representantes legais das partes. Daí em diante entra o direito material, que somente podia referir-se a ser testemunha nos negócios jurídicos, e surgem todas as péssimas conseqüências do seu enxerto na legislação processual. Que são incapazes? i,Todos os interditados e loucos interditáveis são destituídos de utilidade e veracidade testemunhal? ~E se não houve outras testemunhas? Para o nosso legislador, a ciência, a psicologia contemporânea, não existe. Os homens para ele ou são loucos ou não-loucos; e acabou-se. Isso num momento em que certos legisladores e iluminados não escapariam às perguntas sobre crença na liberdade e na democracia, que os técnicos de psiquiatria da Jobn Hopkins UIriversity lhes fizessem, com os livros de Adolf Meyer e seus discípulos à mão. Quanto aos surdos e cegos, se lhes falta o sentido com que têm de assistir ao fato, claro que não são "incapazes": não assistiram. Ainda assim, é difícil que outros sentidos não compensem, em parte, a perda de um. A exclusão dos menores é inexplicável, principalmente se atendermos a que a arbitrariedade do Código chegou a marcar idade exata: menor de dezesseis anos.

No Código de 1939, o art. 235 apenas dizia: "poderão depor como testemunhas as pessoas a quem a lei o não proibe". Lei, aí, era a lei de direito material.

A confusão entre testemunha instrumentária, ou da prova pré-conclui-da, e testemunha de fatos, levou o legislador a essa impermeabilidade às exigências da vida. As pessoas interessadas no objeto do litígio, bem como o ascendente e o descendente ou o colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consanguinidade, ou afinidade, foram excluídas.., pelo direito material, que nada tinha com litígios. Esqueceu o que lhe cabia vedar: que fosse testemunha no negócio jurídico o ascendente ou descendente, ou o colateral, etc do outorgado, ou do outorgante. O Código de Processo Civil, recebendo antes e agora, através do art. 405, § 2", II, regra jurídica que fora posta no direito material, recebe o que era seu: Nuílus idoneus testis in re sua intelligitur. O amigo intimo e o inimigo capital não estão incluidos na expressão interessado no litígio, tanto mais quanto a lei processual distingue, com rigor, os dois casos. Um cônjuge não pode ser testemunha no processo do outro. Nenhuma consideração de ordem econômica entra em jogo: aos cônjuges casados com regime de separação de bens é de aplicar-se a regra jurídica do art. 405, § 20, 1, como aos outros. Entenda-se, porém, enquanto subsistir a sociedade conjugal. O direito material só admitiu o depoimento dos ascendentes por consangtiiidade, ou afinidade, em questões em que se trate de verificar, por exemplo, o nascimento ou óbito dos

filhos. A jurisprudência teve de beber fora daí a inspiração, para resolver outros casos de ações de direito de família, de salários, etc. O art. 405, § 20, 1, foi mais geral.

Tanto o Código admite que o cônjuge deponha, se o juiz o entender, ou se for testemunha da parte contrária ao outro cônjuge, que se lhe deu o direito de se recusar a depor. O art. 406, 1, diz que a testemunha pode recusar-se a depor sobre questões de seu cônjuge. Portanto, casos há em que pode depor e, se o entender, recusar-se.

Está assim reduzido, de muito, o alcance das regras jurídica de direito material. Também os parentes em linha reta e os colaterais em segundo grau podem recusar-se a depor; se podem recusar-se é que podem ser chamados a depor. De modo que as pessoas a que se refere o direito material podem depor em certos casos, tanto que se podem recusar a fazê-lo; pois tais pessoas são parentes em segundo grau.

No Código Civil, o art. 142, diz: “Não podem ser admitidos como testemunhas: 1. Os loucos de todo o gênero.

II. Os cegos e surdos, quando a ciência do fato, que se quer provar, dependa dos sentidos que lhe faltam. III. Os menores de dezesseis anos. IV. O interessado no objeto do litígio, bem como o ascendente e o descendente, ou o colateral, até o terceiro grau de alguma das partes, por consanguiidade, ou afinidade. V. Os cônjuges”. O

Código de Processo Civil distingue a incapacidade, o impedimento e a suspeição.

A admissibilidade de depor como testemunha é a respeito de qualquer ser humano, mas tem-se de apontar o que excepcionalmente não se admite. No art. 405, * 1”, 1, mencionam-se os que foram interditados por demência.

Era o que havia de entender sob o Código Civil de 1916, porque então se falava de loucos de todo gênero. A interdição é assunto do art. 405, § 10, 1 mas no § 1~, II, supóe a enfermidade ou a debilidade mental ao tempo em que ocorreram os fatos, se não podia discerni-los, ou ao tempo em que deve depor, não podendo transmitir as percepçóes. Quanto ao menor de dezesseis anos, o texto de 1973

(art. 405, § 10, III) é a semelhança do de 1916. Dá-se o mesmo quanto ao cego e ao surdo (art. 405, § 10, IV). Quanto aos impedimentos e as suspeições fez bem o Código de Processo Civil em distinguir incapacidade, impedimento e suspeição, o que o Código Civil englobava como casos de inadmissão.

Tinha-se usado e abusado do direito material como lei a que envia o Código de Processo Civil. Primeiro, há direito material, e o art. 400 fala de "lei", e não só do Código Civil. Segundo, o direito material regula a prova dos negócios jurídicos, dos "atos jurídicos". No caso, por exemplo, de incêndio, ou de tentativa de morte, seria absurdo que a mesma pessoa pudesse ser arrolada na ação penal e não pudesse ser ouvida na demanda civil sobre o mesmo fato. "Lei" não está ali somente por Lei civil. O processo civil está longe de realizar somente o direito civil; até mesmo somente o direito privado. Há processo civil fora do Código, o falencial, por exemplo; e processo de ações de direito público, no Código de Processo Civil, como certas ações da Fazenda Pública.

Sobre os fatos de que resultem ação penal e ação civil sem serem negócios jurídicos, mais razoável é que o juiz se inspire nos princípios do processo penal sobre testemunhas do que nos princípios do Código Civil, que mais se preocupou com a prova pré-constituída.

Se há litisconsórcio unitário, não pode depor quem esteja para um dos litisconsortes na situação do art. 405, §

20,1 (cf. ia Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 13.08.1946, R.F., 108, 327), ou do art. 142, V, do Código Civil, salvo o que dissemos acima.

Oadvogado da parte não pode ser constrangido a depor como testemunha'94 (Conselho de Justiça do Tribunal de Apelação do Dístráto Federal, 31.07.1946), salvo se já estava arrolado como testemunha, caso em que não pode aceitar a outorga de poderes.'95

2.Tautologia (arts. 131 e 405, ~ 40) Os ~ 405 § 40, e 131 têm de ser interpretados de conformidade um com o outro. No fundo, o art. 405, § 40 ~ simples tautologia: não é proibido de depor aquele a quem a lei não proibe.

O caso do louco e do menor é relativo, por sua natureza: depende da

atendibilidade, se acaso foram ouvidos, ou porque o juiz ignorasse o que se passava, ou porque o exame dos fatos e das circunstâncias do processo lhe tenha sugerido ouvi-los. i,Como deixar-se de ouvir menor de dezesseis anos em processo civil em que o pai do menor acusa a mãe do menor, ou vice-versa, de maltratar o filho? i,Como deixar de ouvir os seus irmãos de doze, treze, quatorze e quinze anos, se só eles vivem com os pais? A adoção do princípio de livre apreciação pelo juiz é incompatível com essas fronteiras absolutas. Aliás, já assim entendia a jurisprudência brasileira, que tantas

194 É direito e dever do advogado recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionoU ou deveria funcionar (Lei no 8.906, de 04.07.1994, que dispde sobre o Estatuto da Advocacia e a OAB, arts. 70 XIX e 34, VII).

195 Não se vê semelhante impedimento no Estatuto da Advocacia. Se já arrolado, o advogado que assume a causa passa a ter o direito na verdade, dever de não depor.

vezes reagiu contra o sistema de provas legais e as processualices intrusas do Código Civil. Se depuseram sem poder depor, nem por isso é nada a atendibilidade delas. Se o parentesco em grau que as teria de afastar é entre elas e as partes litigantes, depõem (Tribunal de Justiça de São Paulo, 25.07.1895, G. J., 19, 131). O Tribunal de Justiça de São Paulo pôs mesmo o princípio, há mais de meio século, de que, embora fossem irmãs de uma das partes as testemunhas, podiam ser tomados os seus depoimentos, devendo o juiz, na decisão, apreciar a sua eficácia objetiva e a sua atendibilidade. A Corte de Apelação do Distrito Federal deu valor ao testemunho do marido no contrato feito pela mulher, considerando que no caso ainda pesava o ser de separação de bens o regime (31 de agosto de 1929, R. de D., 94, 277). No Direito de Família, 2~ ed., 1, 382, escrevemos: “No desquite dos pais, não podem ser ouvidos os filhos, posto que sejam de ouvir-se os outros parentes, dando o juiz aos depoimentos o valor que merecerem, atendidas as circunstâncias. As vezes, porém, por modo tal estão entrelaçados os fatos que são pressupostos do desquite e da situação dos filhos, tendo-se de apurar com o depoimento deles o que a eles se refira, e que se nao pode prescindir do que informem, confirmem ou assentem.

Aliás, quando o filho, em juízo criminal, pode depor contra ou a favor do pai, ou da mãe, também pode, sobre o mesmo fato ainda que se não haja aberto a disputa criminal , depor na ação de desquite.” Hoje, leia-se o texto como se tratasse de separação judicial e de divórcio.

3. Impedimento Impedido diz-se quem não pode depor. Suspeito équem, devido a circunstâncias apontadas na lei, se presta depoimento, fica sujeito a não se lhe dar valor ao que disse.

No art. 405, § 20, III, apontam-se como impedidos quem intervém no processo em nome de uma parte, o tutor na causa do menor, o presentante ou o representante legal da pessoa jurídica (o texto só se refere ao representante, porém havemos de entender, afortiori, também o presentante), o juiz que tem de declarar-se impedido (mesmo se membro de juízo coletivo), o advogado e outras pessoas que assistam ou tenham assistido às partes. Se o juiz já prestara depoimento como testemunha, não pode funcionar no processo, quer se trate de processo contencioso quer de voluntário (art. 134, II, infine).

Os árbitros não podem testemunhar no juízo arbitral, mesmo porque a eles se aplicam as regras jurídicas estabelecidas acerca dos deveres e responsabilidades dos juizes (arts. 133 e 1.083) e sobre impedimento ou suspeição (arts. 134, 135 e 1.079, III).

Se, antes da propositura da ação, ocorrera o divórcio, não se pode invocar o art. 405, § 20,1, porque o vínculo matrimonial acabou. Se o divór

cio sobreveiO à propositura da ação, surgem problemas: a) ~pode o ex-cônjuge depor sobre fatos ocorridos antes da separação e do divórcio?; b) se o divórcio foi oriundo da conversão da separação judicial, separação que se fundou em ser de imputar-se ao outro cônjuge conduta desonrosa ou qualquer ato que violou deveres matrimoniais e tomou insuportável a vida em comum (Lei n0 6.515, de 26.12.1977, art. 50), apode o divorciado depor sobre fatos ocorridos antes da separação e do divórcio? Tudo se simplifica se o juiz atende a que há no art. 4(35, § 40~ “Sendo estritamente necessário, o juiz ouvirá testemunhas impedidas ou suspeitas; mas os seus depoimentos serão prestados independentemente de compromisso (art. 415) e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer.” Pode acontecer que o divorciado seja, por seus costumes, digno de fé, ou inimigo capital do ex-conjuge (art. 405, § 30 II e III), porém mesmo aí, tratando-se de atos posteriores àseparação judicial ou ao divórcio, pode o atender ao art. 405, § 4o.

Quanto ao cônjuge, ao ascendente em qualquer grau, ou ao parente colateral até o terceiro grau de alguma das partes, pela consanguinidade ou afinidade, o Código reputa-os impedidos, mas afasta o impedimento se o exige o interesse público, ou tratando-se de causa relativa ao estado de pessoa, se por outro modo não se pode obter a prova que o juiz reputa necessária para julgar o mérito (art. 405, § 20, 1). Mais ainda: se o juiz entende ser estritaínente necessário ouvir a pessoa impedida detestemunhar, pode ouvi-la, a testemunha depõe independentemente de compromisso e o juiz lhe atribuirá o valor que possa merecer (art. 405, § 40).

Quem é parte na causa não é testemunha. Depõe como parte: ou afirma alegação ou alegações que fez, ou confessa, isto é, declara o que a outra parte afirmou, ou apenas reconhece algum fato ou ato alegado pela outra parte. Também quem intervém em nome de uma parte (tutor, representante legal da pessoa jurídica), o juiz, o advogado e outras pessoas que assistem ou assistiram a parte.

Se, a despeito do impedimento~ entende o juiz que deve ouvir a testemunha impedida, há depoimento sem compromisso (art. 415), cuja importância é o juiz que aprecia (art. 405, § 40) 4.Suspeiç~O O art. 405 § 30, aponta, taxativamente, as pessoas suspeitas. Para que o condenado por crime de falso testemunho se haja comO

suspeito, é preciso que já tenha transitado em julgado a sentença. O não 196Conatxtuição de 1988, art 5o, LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito emitalgado de sentença penai condenatória”. Entender de outro modo seria antecipar, absurdamente, a tutela da pretensio punitiva.

merecer fé, por seus costumes, é fundamento para alegação das partes ou para apreciação do juiz. A inimizade capital da parte, ou a íntima amizade, se foi arguida por algumas das partes, tem deter prova, que o juiz examine (e.g., a testemunha em recepções, ou nas ruas, mostra que não quer, de modo nenhum, ter contato com a parte; a testemunha é hóspede da parte, ou viaja sempre em companhia da parte). O interesse no litígio depende da prova (e.g., a testemunha é locatária do prédio reivindicado pela parte contrária).

5. Necessidade dos deferimentos Embora ocorra impedimento ou suspeição, pode o juiz determinar os depoimentos, e verificar se merecem valor. Por exemplo: só os ascendentes ou os descendentes testemunharam a ocorrência entre os cônjuges em litígio de desquite litigioso; se os colaterais são as únicas pessoas que podiam ter conhecimento do fato, ou foram assinantes, como testemunhas, do contrato, ou os seus depoimentos podem reforçar o de outrem.

Art. 406. A testemunha não é obrigada a depor’) de fa1 que lhe acarretem grave dano 2) bem como ao seu Cônjuge e aos seus parentes consangaíneos ou afins, em linha reta, ou na colateral em segundo grau 4); II a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo 3)~

1. Dever de depor A testemunha tem o dever de depor. Casos há em que o dever cessa, e ela pode recusar-se a depor. Trata deles o art. 406, adotando, quanto ao inciso 1, critério privatístico, e, quanto ao inciso II, critério de interesse, ainda

privatístico e só excepcionalmente público, o do segredo profissional. A exceção do art. 406, II, é correlata a outro dever que enfrenta o de depor: o de guardar o segredo profissional. De modo que o direito de se recusar fica condicionado ao que se assentar, no direito penal, ou outro ramo do direito público, ou mesmo privado (e.g., empregado que revela segredo de invenção patenteada), sobre violação do segredo profissional. Nem se diga que o Código de Processo Civil permite a violação se feita em juízo como testemunha. O segredo profissional é conceito jurídico, difícil de ser fixado, devido às múltiplas correntes de concepção da vida; porém longe está de ser questão de foro íntimo. As regras jurídicas de Direito Penal refletem bem a vacilação dos legisladores no meio do mundo de hoje, sem direção certa. Mas dele não se tire, nem do "sem justa causa", com que tomam flácidos os textos penais, que se considerou "justa causa" o ter-se de depor como colaboração com ajustiça. Demais, é de interesse de alguém 441

osegredo profissional, e esse alguém pode eximir a testemunha do dever de guardar segredo (contra, Jorge Americano, Comentários, 1, 523; com razão, Pedro Batista Martins, Comentários, 111,241). Tratando-sedeinteresse do Estado, só se a autoridade fez público o segredo, desvendando-o, ou se pennitiu o depoimento em segredo de justiça. Aliás, a permissão qualificada pode partir de pessoa de direito privado.

Há o dever de depor, mas circunstâncias podem surgir que sirva de suporte fáctico à regra jurídica do art. 406: o depoimento 1) pode causar grave dano ao depoente, ao seu cônjuge e aos parentes consangilíneos ou afins, na linha reta, ou na colateral em segundo grau; ou II) ofender o dever de sigilo. Aí, a despeito da capacidade de depor (art. 405, § l'~'), de não haver impedimento (art. 405, § 20), nem suspeição (art. 405, § 30), a pessoa pode recusar-se. O dano pode ser patrimonial ou moral.

Quanto ao segredo, que há de guardar, em virtude de estado ou de profissão, pode ser criminoso o ato do depoente que viole o seu dever.

2. Obrigação de depor e dano Ninguém está obrigado a depor sobre fato de cuja afirmação ou negação resulte dano a seu cônjuge ou parente

apontado no art. 406, 1, dano material ou moral, sendo, porém, de notar-se que, a respeito do dano moral, se exige que esse vá ao ponto de importar em "desonra'~

da pessoa ligada ao depoente. No Código de 1973, art.

406,1 e II, ao permitir que a testemunha se recuse a depor, apenas se refere a "grave dano", que o depoimento acarrete, e à espécie em que deva guardar segredo, por seu estado ou profissão. O Código de 1939, art. 241, 1, aludia a ser em desonra própria, ou de seu cônjuge, mas o grave dano tem ainda maior extensão. O dano material e o dano moral entram no conceito de "grave dano". Quanto ao dano material, não se distinguem, sequer, o dano presente ou imediato e o dano mediato ou futuro. Basta-lhe o nexo causal entre o depoimento e o dano material daquelas pessoas, inclusive o dano futuro oriundo de demanda, que possa nascer do fato de testemunhar.

3. Segredo profissional O segredo profissional é conteúdo de dever sancionado pelo direito penal, ou por outra regra jurídica. Nas pessoas que podem recusar-se a depor, alegando-o, estão os milhares e demais funcionários públicos que estejam de posse ou saibam, em razão do ofício, de segredo do Estado, inclusive os já fora do serviço, se continua a inviolabilidade; as pessoas que, tratando com o governo a respeito desses assuntos, em razão do ofício, viessem a conhecê-los; os ministros de religião, quanto ao que ouvirem em confissão, ou em razão do seu curar de almas. Se o assunto pode ser considerado objeto de segredo de Estado, responde o direito público. No tocante aos dinheiros públicos, o critério é o da lei de responsabilização dos funcionários e do corpo responsabilizador segundo a lei respectiva. Revelado o segredo, por parte de autoridade que podia determiná-lo, não cabe a recusa pelo motivo do art. 406, II, salvo se autoridade superior desautoriza a comprovação.

Sobre segredo profissional de advogado, houve Decreto n0 22.478, de 20.02.1933, arts. 25, III, e 27, IV; e Lei n0 4.215, de 27.04.1963, art. 87, v.'97 Sobre segredos de Estado, Lei n0 1.079, de 10.04.1950, art. 50 4; Decreto-Lei n0 9.698, de 02.09.1946, art. 25, h); Decreto-Lei n0 1.713, de 28.10.1939, arts. 224 e 229; Decreto-Lei n0

23.822, de 10.10.1947. Sobre sigilo fiscal, Decreto-Lei n0 5.844, de 23.09.1943, e Decreto n0 55.866, de 25

.03.1965, art. 323.

4. Dano moral a evitar-se O dano moral que não se limita à desonra, não é o

único que a testemunha é autorizada a evitar, recusando-se a depor.

Odano material à própria testemunha, incluído o perigo de demanda, também lhe fundamenta escusa. Os comentadores estão a ler erradamente o Código. O dano há de ser grave. E isso basta.

5.Escusa e motivos O problema de técnica legislativa era o de se exigir, ou não, o escrito, com os motivos da chamada recusa. Dispensaram-no as Ordenações austríaca (§ 323) e alemã (§ 386), em que tanto se inspiraram os legisladores do Código de Processo Civil de 1939. Hoje, a testemunha tem de fazer o requerimento de escusa de depor. O juiz não mais pode dispensar ouvirem-se os interessados, e a pessoa não pode recusar-se a depor, quanto aberta a audiência. Se o juiz mandou ouvir as pares, terá talvez de adiar a audiência.

6.Apreciação judicial da escusa O juiz aprecia, in concreto, a escusa; porém, a lei fixa os casos (art. 406).

Subseção II

Da Produção da Prova Testemunhal

Art. 407. Incumbe à parte, cinco (5) dias antes da audiência, depositar em cartório o rol de testemunhas, precisando-lhes o nome, a profissão e a residência 1)4)

Parágrafo único. É lícito a cada parte oferecer, no máximo, dez (10) testemunhas2); quando qualquer das partes oferecer mais de três (3) testemunhas para a prova de cada fato, o juiz poderá dispensar as restantes3).

1. Número de testemunhas No velho direito processual anterior às legislações estaduais, era de quinze o número máximo a respeito de cada artigo, e de vinte se só sobre um artigo ou muitos do mesmo caso. O Código de 1939, art. 237 e parágrafo único, previu o máximo de três “para a prova de cada fato”, salvo tolerância do juiz, e o número máximo foi o de dez. Nada mais justo. Se a parte tem mais de três testemunhas, há de escolher as que lhe pareçam as mais idôneas e a quem as circunstâncias favoreceram para assistir aos fatos testemunhados. Se forem três os fatos, o juiz tem de ouvir as nove testemunhas. O art. 407, parágrafo único, de 1973, repetiu o que se assentara em 1939.

Na petição inicial, jão autor tem de indicar as provas com que pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados (art. 282, VI). Cinco dias antes da audiência, tanto o autor quanto o réu têm de depositar em cartório o rol de testemunhas, precisando-lhes o nome, a profissão e a residência. Também o réu, na contestação, tem de especificar as provas que tem de produzir (art. 300) e cabe-lhe depositar o rol das testemunhas, com o nome, a profissão e a residência. No despacho saneador tem o juiz de deferir a produção de provas (art. 331, II). 198 O

autor e o réu depositam em cartório o rol de testemunhas e, de ordinário, com requerimento do depósito, porque fica ciente desde logo o juiz do requerimento e da data. “Cinco dias antes da audiência”, isto é, cinco dias antes da sua instalação. Se já foi instalada a audiência.’99 O prazo tem por fito conhecer a outra parte o que se arrolou como testemunhas. Dentro dele pode verificar se são capazes, impedidas ou suspeitas, bem assim tomar a~providências de que cogita o art. 414, § F’.

No processo sumaríssimo, o rol de testemunhas tem de ser apresentado pelo aútor na inicial (art. 276) e pelo réu até quarenta e Qito horas antes da audiência (art. 278, § 2o).200 4-i.

198Art. 331, § 20, com a redação do art. 10 da Lei n0 8.952, de 13.12.1994.199Oração, evidentemente, incompleta, podendo-se intuir que o autor pretendeu dizer que não cabeapresentar o rol se já instalada a audjância, facultando-se, todavia, a substituição, nos casos doart. 408 (v.g., a testemunha falece enquanto aguarda a sua vez de depor).200Alude o comentarista ao procedimento chamado sumário, após o advento da Lei n0 9.245, de26.12.1995, que reformulou o procedimento sumarissimo, a partir da sua denominação.

Conformeos arts. 276 e 278, na redação do sri. 10 dessa lei, o autor apresenta o rol de testemunhas na iniciale o rêu, ao responder, na audiáncia de conciliação, se frustrada esta. O número de testemunhas, 444

Se o rol de testemunhas já tinha sido apresentado e ainda há tempo para que se respeite o prazo de cinco dias (processo ordinário), ou de quarenta e oito horas antes da audiência (processo sumaríssimo),20’ pode ser completado, e até

mesmo corrigido.

2.Número de fatos e número de testemunhas Se o número das testemunhas de cada parte excede de dez, não são ouvidas mais de dez. ~ Quid iuris, se os fatos ("três testemunhas para a prova de cada fato") forem mais de quatro? Digamos que sejam onze os fatos. Nos Comentários ao Código de 1939 (III, 2~ ed., 391) dissemos:

"i,Como atender-se à lei no seu enérgico em caso nenhum excederá...? Mesmo que cada uma deponha sobre um fato (e a hipótese tem cada fato como só presenciado por pessoas que não assistiram aos outros), um fato ficaria sem prova. Ao juiz, que pode ordenar se tomem depoimento, admitir, pelo menos, uma ou duas testemunhas, para cada fato..."

Não há o principio *Testis unus testis nulius.

Se alguma ou algumas testemunhas declaram nada saber, ou algumas se dizem impedidas ou suspeitas, não se podem contar no número máximo, que é de dez. Pode acontecer que o autor ou o réu tenha dúvida sobre as pessoas indicadas que poderiam depor (e.g., até mesmo não tem certeza se uma ou algumas delas são capazes, impedidas ou suspeitas, ou mesmo se estão vivas), então, no rol de testemunhas, há de dar explicàçáo para que se atenda a número maior de dez, devendo-se entender que as arroladas ficam na ordem, retirando-se as que são incapazes, impedidas ou suspeitas e as que declararam nada saber, ou faleceram. Não se deve entender que a simples alegação de dúvida permita que se substituam as afastadas por outras que não foram arroladas. Admita-se que, apesar de todas essas exigências legais, cabe ao juiz, de ofício, ou a requerimento da parte, determinar provas necessárias à instrução do processo (art. 130, ia parte), assegurando às partes igualdade de tratamento (art. 125, 1).

3. Escolha das testemunhas Se as testemunhas excedem de três para cada fato, quem escolhe as que hão de depor é a parte, e não o juiz (sem

nesse procedimento, é o do parágrafo único do art. 407. No procedimento sumaríssimo da Lei n0 9.099, de 26.09.1995, dos juizados especiais, "as testemunhas, até o máximo de três para cada parte, comparecerão à audiência de instrução e julgamento, levadas pela parte que as tenha arrolado, independentemente da intimação, ou mediante esta, se assim for requerido,

devendo o requerimento da intimação ser apresentado na secretaria, no mínimo cinco dias antes da audiência" (azt. 34 e § 1).

201O art. 1 da Lei n0 9.245, de 26.12.1995, ab-rogou o § 2 do art. 278, que previa o depósito do rol de testemunhas do réu com antecedência de quarenta e oito horas (vide a nota 200).

razão, a ~a Cãmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 05.05.1942, D., 18, 304). Se a parte não as escolhe, então, sim, escolhe-as o juiz, devendo preferir as primeiras arroladas.

O juiz pode dispensar as restantes se a parte ofereceu mais de três testemunhas para cada fato. Não está adstrito à dispensa, e até pode ser conveniente que uma outra ou outras deponham. A escolha é pela parte; a dispensa é que é pelo juiz. Se os três depoimentos foram suficientes, cabe a dispensa; mas, se não foram, seria contra a função judiciária cercear a prova.

O número de testemunhas é de dez, número máximo; porém há poderes do juiz que não podem ser afastados (arts. 125, 1, II e III, 130 e 1.107).

4. Intimação e dispensa da intimação Todas as pessoas intimadas como testemunhas, de acordo com as exigências da lei, têm o dever de comparecer (art. 412), de qualificar-se (art. 414) e de depor (arts. 406, 414-418). O dever de testemunhar é ligado ao dever de concorrer para a realização do direito objetivo epara a pacificação das partes. É dever perante o Estado; e não perante as partes. Não é ligado à nacionalidade, nem àcidadania. É um dos "deveres do homem", como se fala de "direitos do homem". Dele apenas estão imunes por direito das gentes e por direito interno o Chefe de Estado estrangeiro e o agente diplomático estrangeiro, que podem, porém, comparecer.

A pena de condução, de que se trata no art. 412, entra na classe das resoluções judiciais mandamentais, dotada de certa parecença, que se exagera, com o arresto pessoal dos velhos sistemas jurídicos.

O Conselho Regional dó Trabalho da ia Região, a 10.09.1945 (R. dos T., 162, 811), entendeu que não há cerceamento de defesa se, tendo havido a confissão de uma das partes, o juiz dispensa as testemunhas. Sem razão; porque (e aqui vai apenas um dos argumentos) a confissão pode vir a ser anulada (cf. art. 352).

Se a testemunha não comparece, sem motivo justificado, aplica-se o art. 412, 2~ parte. Se o juiz desde logo decreta a pena, arrisca-se a que, no momento da condução, a testemunha alegue e prove o motivo justificado, tendo de ser cassado o mandado judicial. Se a testemunha alegou, antes, motivo justificado, tem o juiz ou de admiti-lo desde logo, adiando o depoimento, ou ordenar que dê prova do alegado.

Não se adia audiência se a parte contava com o comparecimento da testemunha e essa não compareceu (6~

Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 03.03.1950, R. dos T., 186, 121).

Art. 408. Depois de apresentado o rol, de que trata o artigo antecedente, a parte só pode substituir a testemunha

‘):

1 que falecer;

II que, por enfermidade, não estiver em condições de depor;

III que, tendo mudado de residência, não for encontrada pelo oficial de justiça 2) 1. Rol das testemunhas e substituição Depositado em cartório o rol das testemunhas, com os pressupostos legais, cessa a permissão de arrolamento. Mas há fatos que impõem a substituição, razão suficiente para explícita redação do art. 408: a morte da testemunha, ou as mortes das testemunhas, pois a cada falta se há de admitir a entrada de outra pessoa para testemunhar; a enfermidade, ou outra ocorrência, que retire à testemunha o poder de depor (e.g., a testemunha passa a ser parte na ação, por sucessão a causa de morte ou entre vivos, porque, a despeito do art. 405, §40 o art. 405, § 20, II, incide com a proibição e a outra parte há de evitar a testemunha arrolada, e substitui-la por outra pessoa que possa testemunhar); a mudança de residência, que faça inencontrável pelo oficial de justiça a pessoa arrolada.

O rol foi apresentado, o que há de ser, com o máximo de dez testemunhas, sem que isso afaste o rol reduzível de que antes falamos, por não ter certeza o autor ou o réu de que nenhuma é incapaz, impedida ou suspeita.

Oart. 408 diz que a parte somente pode substituir a testemunha que falecer, ou a que, por enfermidade, não puder depor, ou a que, mudando de residência, não for encontrada pelo oficial de justiça. Aí, supóe-se que o autor ou o réu não tinha dados suficientes para que se pensasse na substituição. Se o autor ou o réu teme a ocorrência, pode arrolar mais de dez, alegando e provando o que provavelmente aconteça. Aí, o autor ou o réu como que prevê algo, ao passo que, no que é objeto do art. 408, nada previu, ou, se previa, achou mais prudente não dar notícia ao entregar o rol, diminuível para dez. Pense-se em que, estando em estado grave duas ou mais testemunhas, ou tendo, provavelmente, de viajar para o estrangeiro, O autor ou o réu repute mais importante do que outro ou mais importantes do que outros depoimentos conforme o rol da lista. Se há prazo para se poder modificar o rol, convém que se faça o rol reduzível conforme as circunstâncias previstas. Disse o autor ou o réu que uma das testemunhas, que é a mais importante, está sujeita a cirurgia, mas ela é que há de depor se puder, e não podendo será ouvida outra testemunha (e.g., o cônjuge da testemunha enferma, o secretário ou o chofer da testemunha enferma, que estavam com ela quando assistiu o fato).

Se alguma testemunha se recusa a depor, ou se é reputada incapaz, ou impedida, ou suspeita, seria injusto não se permitir a substituição, a despeito de taxatividade do art. 408. Daí ser acertado que o autor ou o réu, diante de prováveis circunstâncias negativas do depoimento, ou dos depoimentos, por ocasião da apresentação do rol já se referia ao que pode ocorrer.

2. Regra jurídica taxativa O art. 408,111, faz parte de regra jurídica taxativa, que é a de todo o art. 408, porém o art. 408, II e III, tem de ser interpretado conforme o seu fundamento. Se há urgência na tomada do depoimento e a testemunha foi para o estrangeiro, sabendo-se onde está, seria desacertado que se não permitisse a substituição diante da demora que resultaria, por exemplo, do cumprimento da carta rogatória. Adiante, art.

409, onde tivemos de falar da substituição do nome do juiz que mandou retirar o seu nome do rol das testemunhas.

Art. 409. Quando for arrolado como testemunha o juiz da causa, este’): 1declarar-se-á impedido, se tiver conhecimento de fatos, que possam influir na decisão; casos em que será defeso à parte, que o incluiu no rol, desistir de seu depoimento; II se nada souber mandará excluir o seu nome.

1. Juiz da causa arrolado como testemunha Se do rol das testemunhas consta o nome do juiz da causa, ou ele se repute impedido como juiz (cf. art. 135, V), por ter conhecimento dos fatos, de modo que teria de depor, e assim cumpre-lhe o dever de depor, não podendo a parte, que o incluiu no rol das testemunhas, desistir do depoimento (juiz deixara de ser juiz); ou ele declara que nada sabe sobre o fato ou os fatos narrados, e então continua como juiz e tem de ordenar que se exclua do rol das testemunhas o seu nome. Ai, a despeito de o art.

408 não se referir à espécie, temos de entender que a parte pode requerer a substituição do nome.

O juiz da causa é impedido como testemunha (art. 405, § 20, III). O juiz é que diz se conhece ou não o fato ou os fatos sobre que teria de depor, e, tendo de depor, declara-se impedido, ou, não conhecendo o fato ou os fatos, manda excluir o seu nome do rol de testemunhas. Aí, tem-se de admitir a substituição por outra testemunha.

Art. 410. As testemunhas depõem, na audiência de instrução'), perante o juiz da causa, exceto: 1 as que prestam depoimento antecipadamente 2);

II as que são inquiridas por carta3);

III as que, por doença, ou outro motivo relevante, estão impossibilitadas de comparecer em juízo (art. 336, parágrafo único) 4);

IV as designadas no artigo seguinte.

Art. 411. São inquiridos em sua residência, ou onde exercem a sua fi~nçáo ~): 1 o Presidente e o Vice-Presidente da República;

II o Presidente do Senado e da Câmara dos Deputados;

III os Ministros de Estado;

1Vos Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Federal de Recursos, da Superior Tribunal Militar, do Tribunal Superior Eleitoral, do Tribunal Superior do Trabalho e do Tribunal de Contas da União; V o Procurador-Geral da República;

VI os Senadores e Deputadas Federais;

VII os Governadores das Estados, dos Territórios e do Distrito Federal; VIII os Deputados Estaduais;

IX os Desembargadores dos Tribunais de Justiça, os juizes dos Tribunais de Alçada, os juizes dos Tribunais Regionais do Trabalho e dos Tribunais Regionais Eleitorais e os Conselheiros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal;

X o embaixador de país que, por lei ou tratado, concede idêntica prerrogativa ao agente diplomático do Brasil.

Parágrafo único. O juiz solicitará à autoridade que designe dia, hora e local afim de ser inquirida, remetendo-lhe cópia da petição inicial ou da defesa oferecida pela parte, que a arrolou como testemunha ó)•

1. Depoimento das testemunhas em audiência A regra é serem prestados os testemunhos em audiência, perante o juiz da causa, quando pode ocorrer a inquirição ou a acareação (art. 418, 1 e II). Todavia, teve-se de aludir aos depoimentos que se fazem antecipadamente (entenda-se “antes da audiência”, ou “antes do próprio processo”, como medida indispensável, arts. 846-85 1), às inquirições por carta precatória, ou rogatória, casos em

que, salvo se a lei é estrangeira e diferente, também se há de inquirir em audiência; e aos casos de doença ou de outro motivo relevante se a testemunha não pode comparecer em juízo; e às inquirições de pessoas que prestam testemunho em suas residências, em virtude das regras jurídicas excepcionais do art. 411.

No art. 176 diz-se que os atos processuais se realizam, de ordinário, na sede do juízo, mas podem ser feitos em outro lugar, em razão da deferência, de interesse da justiça, ou de obstáculo arguido pelo interessado e acolhido pelo juiz. As três espécies são assunto, respectivamente, do art. 411, dos arts. 410 e443 edo art. 410,111. A respeito das provas, o art. 336 estabelece que, salvo disposição especial em contrário, as provas devem ser proferidas em audiência.

Se houve adiamento da audiência, pode ser depositado, observada a lei, novo rol

de testemunhas; também se pode fazer, observado o art. 407, alteração ao rol que, cinco dias, pelo menos, antes do dia designado para a audiência não-realizada, se depositara (sem razão, a Turma do Supremo Tribunal Federal, a 22.08.1950, R.F., 133, 424). Com razão, a Turma Julgadora do Tribunal de Justiça de Alagoas, a 04.08.1950 (R.F., 143, 360). a 3~ Turma de Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a 31.10.1951 (D. da J., de 08.04.1952, 1832), a Turma Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso, a 26.09.1952, e a 2~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 04.09.1951 (R. dos T., 195, 264. “Não observada essa determinação legal, mas não realizada a audiência, não fica a parte impedida de ouvir as testemunhas na audiência que se designar, respeitada a antecedência referida”). Isso não quer dizer que possa o juiz adiar a audiência somente para dar ensejo à apresentação do rol, ou àalteração.

O pedido de substituição de testemunhas há de ser num dos casos do art. 408 antes da audiência de instrução e julgamento ou durante ela. E o que se há de concluir, hoje, diante do art. 408.

2. Depoimentos antecipados Os depoimentos antecipados, a que se refere o art. 410,1, não são apenas aqueles que se prestam em ação de medida cautelar (arts. 846-851), são também os que têm de ser prestados, já iniciado o processo ou a relação jurídica processual bilateral, devido à urgência que se revelou para se ouvir a testemunha (e.g., a testemunha vai ser operada da garganta e é provável que depois não possa falar, espera-se a morte da testemunha a cada momento). A exceção é relativa à audiência de instrução da causa, e não à presença do juiz. O depoimento antecipado não pode ser sem que o juiz exerça a sua função de inquirir.

Há provas ad perpetuam rei memorioin quando se produzem antes que haja o processo para a sua produção: se já se iniciou o processo, a que ela vai servir, é prova antecipada, sem ser ad perpetuam rei memoriam. A produção antecipada de provas regulada nos arts. 846-851. A exibição preparatória também é uma espécie (arts.

844 e 845, 355, 363, 381 e 382). O art. 410, 1, refere-se a qualquer antecipação da prova testemunhal.

Nos arta. 796-812, 844,845,846-851,855-860,861-866, há procedimentos

cautelares que servem à produção antecipada de provas.

A prova testemunhal antecipada ou é normal, ou incidental, ou preventiva, ou preparatória. Chamemos normal a que foi posta na petição inicial ou na contestação e no rol de testemunhas, ou antes de algo acontecer que levou ao requerimento e ao deferimento pelo juiz; incidente, a que resultou de circunstância que a sugeriu ou a fez necessária; preventiva, a que tem por fito afastar alguma dúvida; preparatória, a que é elemento para que algo ocorra. As duas primeiras espécies (a normal e a incidental) são feitas perante o juiz da causa; as outras, perante o juiz competente para a ação principal, por se tratar de medidas cautelares (art. 800).

Se a produção da prova testemunhal é de fazer-se em audiência, têm os interessados de ser intimados, para comparecer à audiência (art. 848, parágrafo único).

3. Inquirição por meio de carta A carta, a que se refere o art. 410, II, ou é a carta de ordem, ou a carta precatória, ou a carta rogatória. Há de ser perante o juiz deprecado ou rogado, a inquirição, ressalvados os casos em que, tratando-se de carta rogatória, a lei estrangeira não exija a presença do juiz, ou que a inquirição seja por ele.

4. Impossibilidade de comparecimento O art. 410,111, fez bem em cogitar da impossibilidade por doença, “ou outro motivo relevante” (cf. art. 336, parágrafo único); impossibilitação, aí, é a de comparecer, e não a de prestar depoimento. A presença do juiz não está dispensada; dispensa-se o comparecimento da testemunha.

O que hoje se estatei no art. 411 não se inserira no Código de Processo Civil de 1939. Tirou-se do Código de Processo Civil português (1967), arts.

624-626 (1961, arts. 627-629). Já alguns Códigos de Processo Civil estaduais, ao tempo de pluralidade de Códigos, dispensavam o comparecimento

(Minas Gerais, art. 327; Rio Grande do Sul, art. 424), de personalidades do Poder Executivo, do Legislativo e do Judiciário. Quanto ao Código de Processo Penal, art. 221.

5. Residência ou lugar da função da testemunha As espécies do art. 410, IV, são aquelas que constituem conteúdo do art. 411.

6. Inquirição onde reside a testemunha ou onde ela exerce a

função2~ O art. 411 é em benefício das pessoas que se enumeram e de interesse público. Todavia, surge a pergunta: apode qualquer das pessoas, que o art. 411 menciona, responder ao juiz ou tribunal, que lhe enviou a carta em que solicita a designação de dia, hora e local para ser inquirida, responder que prefere comparecer à audiência do juízo solicitante? Temos de responder afirmativamente, porque a pessoa em cujo favor se redigiu o art. 411 é que pode apreciar o interesse público, in casu, no tocante a seu depoimento alhures. Outras questão:

~,pode ser levada alguma testemunha para que se faça a acareação? Sim; mas tal circunstância há de estar prevista na solicitação de designação de dia, hora e local, com a cópia do depoimento de outra ou de outras testemunhas, ou, por ter sido posterior (e.g., após o depoimento da pessoa beneficiada pelo art. 411), em nova solicitação. Os arts. 41 3-419 são invocáveis.

Art. 412. A testemunha 8) é intimada a comparecer àaudiência 1), constando do mandado dia, hora e local, bem como os nomes das partes e a natureza da, causa. Se a testemunha deixar de comparecer, sem motivo justificado 3), será conduzida2), respondendo pelas despesa do adia,nento.

~JO A parte pode comprometer-se a levar à audiência a testemunha, independentemente de intimação; presumindo-se, caso não compareça, que desistiu de ouvi-la 4)~

s~ 20 Quando figurar no rol de testemunhas funcionário público ou militar, o juiz o requisitará ao chefe da repartição ou ao comando do corpo em que servir 5) 6) 7),

~30 203 A intimação poderá ser feita pelo correio, sob registro ou com entrega em mão própria, quando a testemunha tiver residência certa 6).

202No inciso IV do art. 411, deve-se interpretar a referência ao Tribunal Federal de Recursos como feita ao Superior Tribunal de Justiça, que o sucedeu. No

inciso IX, devem-se incluir, por identidade de raz&s, os juizes dos Tribunais Regionais Federais (Const. 88, artS. 104 e 107). O art. 33, 1, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar n0 35, de 14.03.1979)

pde, entre as prerrogativas dos magistrados, “ser ouvido como testemunha em dia, hora e local previamente ajustados com a autoridade ou juiz de instância igual ou inferior”.

203 Parágrafo acrescentado pelo art. 1. da Lei n0 8.710, de 24.09.1993 (vide o comentário no 9).

1. Intimação para comparência à audiência A testemunha tem de comparecer no dia, hora e lugar em que há de depor. É também pressuposto da intimação que do mandado de intimação constem os nomes das partes e a natureza da causa. Não é eficaz para a sanção de condução a intimação em cujo mandado não se atendeu ao art.

412. Com a comparência sem impugnação, eficaciza-se. Antes, nota 4 ao art. 407.

2. Sanção da conduçãoA sanção da condução é violenta, de excesso cênico, como era de agrado ao absolutismo. O problema técnico das sanções, em tal caso, é o de se evitar o escândalo, a que a condução, o

“debaixo de vara”, não evita. Nem o evita o eufemismo na lei, como se observa em textos estrangeiros. Há três soluções principais em técnica legislativa: ou a multa, crescente nas reincidências; ou a condução, que éprisão em caminhada; ou a prisão, até a próxima audiência, ou por certo número de dias. De todas, a mais incivilizada é a “condução debaixo de vara”, qualquer que seja o nome que se lhe dê, da qual se livram, aliás, nos Estados burocrático-militares, os privilegiados.

3. Motivo justificado “Sem motivo justificado” o não comparecimento não se entende por força maior, mesmo individual. Satisfaz-se com menos do que isso o art. 412. O que é preciso é que o interesse para a falta seja desmesuradamente superior ao do interesse da comparência. Ao juiz, apreciá-los.

O motivo justificado pode consistir em qualquer circunstância de ordem

econômica, moral, religiosa, científica, política ou jurídica. Até, de ordem artística, como se o pintor tivesse de terminar o retrato de uma pessoa, de que se incumbira em data certa, fixada antes da intimação, não podendo ser adiado o trabalho se, por exemplo, a pessoa retratada embarca no mesmo dia. Pense-se no art. 336, parágrafo único (por enfermidade, ou por outro motivo relevante), nos arts. 846-851 (produção antecipada da prova), no art. 217, II-V (não se cita nem se intima quem está assistindo culto religioso; o cônjuge ou parente do morto, consanguíneo ou afim, em linha reta, ou na linha colateral, em segundo grau, no dia do falecimento e nos sete dias seguintes; aos que se casaram, nos três primeiros dias de bodas; os doentes enquanto grave o seu estado).

Se algum médico não pode deixar de estar presente ao exame ou assistência do enfermo, em tais casos, como em outros, tem ojuiz de decidir, podendo a parte ou a testemunha requerer que o juiz designe a data para a intimação ou para a inquirição, ou o próprio juiz fixar.

4. Testemunha a que a parte dispensou a intimação A intimação da testemunha para depor resulta do arrolamento da parte. Se a própria parte

entende que é dispensável para a comparência e comunica ao juiz, acarreta com as consequências da falta, que são as que provêm da presunção de ter desistido do testemunho dapessoa que fora arrolada. Aliter, sehouve motivo justificado para não comparecer. Assim, é invocável, por analogia, o art. 412, 2~ parte.

5. Funcionário público e militar O militar e o funcionário público, ou a) se prontifica a comparecer e depor à data e à hora marcadas; ou b), tendo-se omitido a formalidade de “requisição” ao comando ou ao chefe da repartição, comparecem e depõem; ou c) são requisitados, comparecem e depõem; ou d) são requisitados, e não comparecem. Os depoimentos, nos casos a) e b), são válidos (Conselho de Justiça do Tribunal de Apelação do Distrito federal, 15.04.1941). No caso c), há completa observância do art. 412, § 20. No caso d), ou a culpa é da autoridade a quem se dirigiu a requisição, ou do requisitado. A sanção é a representação à autoridade superior àquela a que se requisitou o comparecimento da testemunha: a essa é que, de regra, cabe apurar a responsabilidade. Se, porém, constar dos autos a explicação da autoridade a quem se requisitou com a alegação de “força maior”, cabe invocar-se o art. 183.

(Lê-se no Decreto-Lei n0 5.452, de 01.05.1943 (Consolidação das Leis do

Trabalho), art. 823: “Se a testemunha for funcionária civil ou militar, e tiver de depor em hora de serviço, será requisitada ao chefe da repartição para comparecer à audiência marcada”. Cf. Código de Processo Penal, art. 221).

O funcionário público, como o militar, que consta do rol de testemunhas, pode espontaneamente dizer que vai comparecer na data fixada, de modo que dispensada está a requisição ao chefe da repartição, ou ao comando do corpo em que serve o militar.

6. Aposentados, reformados e postos em disponibilidade Os

aposentados, os reformados, os postos em disponibilidade e os licenciados não gozam da exceção do art. 412, §

2’~. Se o militar está em férias, ou se está em férias o empregado público, constando ao certo que se acha no gozo delas e se achará no dia do depoimento, o juiz pode mandá-los notificar, sem dependência de requisição.

Se a testemunha notificada2~ alegar que delas vai prescindir antes daquela data ou que tem de ser chamada a serviço antes dela, o juiz tem de enviar a requisição.

204Falando em notificaçâo, o autor manteve-se atrelado à Lerminologia do CPC anterior, sob o qual se notificava a testemunha (art. 238 daquela lei), que hoje é intimada (arO. 412).

7. Pena de confesso e depoimento pessoal <.,É preciso que se haja observado o art. 412, § 20, para que se aplique ao funcionário público ou ao militar, intimado a depor como parte, a presunção de confesso? Supomos, para a pergunta, que não se conheça a residência da parte, ou lugar em que é encontrada, nem esteja na repartição. Então cabe a requisição. Se não se pode atender ao art. 216, parágrafo único, então não se pode cogitar de tal sanção se não houve a requisição (6~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 13.02.1951, R. dos T., 182, 175). Mas, se o funcionário público, ou o militar, a despeito de não ter havido requisição, comparece e se recusa a depor, é de aplicar-se a pena, bem assim se, requisitado, não comparece, ou se se prontificou a comparecer à data e hora marcadas, e não comparece, ou comparece e não depõe. Se o revel foi intimado para depoimento pessoal, a pena de confesso, que lhe foi cominada, é

de aplicar-se. Nada tem com a revelia; resulta da cominação que se lhe fez. Se não foi pedido o depoimento, não se pode pensar em cominação (cf. Turma Julgadora do Tribunal de Apelação de Alagoas, 25.01.1946, R. de J.B., 73, 93).

A 4~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 25.01.1946 (R. F., 107, 488; A. J., 78, 404), disse que se não admite confissão ficta se a parte é menor absolutamente incapaz. A proposição édefeituosa e pode levar a enganos. Se há menor absolutamente incapaz, nem ele, nem o representante legal, pode confessar.

Quem não pode confessar não pode ser intimado a depor como parte. Menor absolutamente incapaz não depõe.

O depoimento do pai, ou da mãe, que exerce o pátrio poder, ou do tutor ou curador, seria depoimento da testemunha, e não de parte; mas pai e mãe e os mais parentes e a que se refere, não podem depor, sem que se afastem as hipóteses de que falamos sob o art. 405.

8. Preparação e pressuposto do arrolamento A assentada só se faz (quer dizer, a pessoa apresentada como testemunha só depõe) se consta do rol, depositado pelo menos cinco dias antes do que foi marcado para a audiência. Portanto, no sexto dia anterior (art. 184), pelo menos. O fito da regra jurídica é evitar que a outra parte fique surpreendida com a presença de alguém que ela não conhece, nem sabe se assistiu aos fatos, se se encontrava no lugar, nem se está impedida de depor, nem quais possam ser as reservas que fará ao seu depoimento. Ao entregar o rol é conveniente que peça recibo, datado, a parte ou o seu procurador, para a contagem dos cinco dias. Se alguma dívida surgir sobre a assentada, a parte deverá levá-la ao conhecimento do juiz, porque, aí, é ao depoimento que ela interessa, e não só à assentada.

Se o rol de testemunhas foi tardiamente depositado e entende a outra parte que se lhe cerceou a defesa (aí, defesa do réu ou do autor), o recurso é o de agravo de instrumento •2e5

Se as partes acordarem, ou o juiz o determinar, de ofício, com invocação do art. 341, podem ser ouvidas pessoas não-arroladas como testemunhas (cf. ia Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 22.04.1946, R.

dos T, 162, 708, que, aliás, fala de ouvida por “tolerância”).

Em caso de ser adiada a audiência, tem-se de admitir, se há tempo, o acréscimo ou a substituição de nomes do rol.

O domicílio é indicação para se intimar a testemunha. Se ela comparece, ou se foi intimada, a omissão da rua e do número da casa não é bastante para se não tomar o depoimento, ou não se aplicar o art. 412, § 1’~ (1~

Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 25.04.1950, R. F., 133, 146).

9•2~ Intimação pelo correio ou em mão Havendo generalizado a citação pelo correio, a Lei n” 8.710, coerentemente, acrescentou o § 30 ao art. 412, afim de permitir que também por via postal se efetue a intimação da testemunha, que tiver residência certa. Melhor se sairia o legislador, se falasse em testemunha que tiver endereço certo, pouco importa se aí resida, ou não. Assim se deve interpretar o parágrafo.

Intima-se a testemunha, por carta sob registro, a qual deve preencher os requisitos do caput, inclusive com a advertência relativa à condução e responsabilidade pelas despesas do adiamento. Cabe a intimação postal, desde que a testemunha se encontre em qualquer ponto do país, e não apenas na comarca onde corre o processo.

Algo obscura a redação do parágrafo acrescentado ao art. 412, convém interpretá-lo no sentido de que se admite a entrega da carta, não só pelo correio, sob registro, mas ainda quando levada em mãos, por qualquer interessado.

Se a carta, entregue por via postal, ou em mãos, não é recebida pessoalmente pela testemunha, mas ela comparece, tem-se por válida a intimação. Entretanto, a sanção da segunda parte do caput do artigo só incide se a carta é entregue à própria testemunha, que assina o recibo. Frustrada a intimação epistolar, postal ou pessoal, repete-se ela por meio do oficial de justiça, ou por precatória ou carta de ordem, incidindo, por analogia, a última parte do art. 224.

205Ou de agravo retido (arO. 522).

206Comenririos do atualizador.

Nada obsta a que por carta!, remetida pelo correio ou entregue, em mão própria, se faça a requisição de que trata o ~S 20. As ressalvas do art. 222 não se estendem à intimação de testemunhas.

Art. 413. O juiz inquirirá as testemunhas separada2) e sucessivamente'); primeiro as do autor e depois as do réu, providenciando de modo que uma não ouça o depoimento das outras') 4) 5)~

1. Oralidade do depoimento O depoimento é, de regra, oral. Foi bom não se ter dito que tinha de ser oral. O

surdo-mudo pode depor por escrito. O mudo não está proibido de depor. No art. 413, diz-se que o juiz inquirirá.

Está certo.

O cego e mudo recebe as perguntas orais. O cego e' surdo pode ter recebido ensino para tactilmente ter comunicação das outras pessoas e responder com frases.

No Código de 1939, art. 245, dizia-se, erradamente, que o "depoimento será oral", o que lhe exprobramos.

Os depoimentos extrajudiciais não são a prova testemunhal a que se referem os arts. 400-419, nem podem retificar o que as testemunhas disseram. Já assim no direito anterior (6~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 25 de abril de 1952, R. dos T., 202,254, e de 27 de junho de 1952,204, 201; Tribunal Superior do Trabalho, 10 de setembro de 1953, D. da J. de 16 de outubro, 3090). Excepcionalmente, podem ser considerados indícios.

2.Inquirição das testemunhas, separadamente As testemunhas são inquiridas separada e sucessivamente; portanto, distanciadas e nunca no mesmo momento. Separadas, para que umas não ouçam os depoimentos das outras. Em momentos diferentes, porque os juizes e os advogados não são ubíquos, nem podem prestar atenção a duas pessoas que falam ao mesmo tempo. No caso das exceções à oralidade do depoimento, não há exceção àregra jurídica, porque o mudo, que estivesse, na audiência, a escrever o seu depoimento, ouviria as outras testemunhas.

Pergunta-se: uma vez que o art. 413 fala de depoimentos sucessivos, primeiro os das testemunhas do autor e depois os das testemunhas do réu, j,pode o juiz alterar a ordem? Tal regra jurídica não poderia afastar hipóteses em que há urgência em que se ouça antes algumas das testemunhas do réu. Pense-se na testemunha que tem de embarcar e não pode retardar a partida, na que está em estado grave ou vai ser operada, na que tem data para o casamento. O juiz dirige o processo velando pela rápida solução do litígio (art. 125, II).

3. Testemunha que não fala a língua portuguesa Se a testemunha não fala a língua do país, dá-se-lhe intérprete.

Se não o houver no lugar, ou não puder comparecer à audiência, ou houver perigo em se perder a prova, o juiz deve admitir o depoimento escrito na audiência, que será traduzido oportunamente. O propósito do art. 156 não é obstáculo a isso, tanto mais quando, relativo à prova documental, tornariaimpossível a prova testemunhal nas regiões do país onde não houvesse intérprete da língua da testemunha, passageiro talvez de avião que caiu sobre alguma fazenda ou casa, ou do ato de que resultou a ação civil de indenização.

O art. 151,11, explicitamente atribui ao intérprete, nomeado sempre que se repute necessário, verter em português as declarações das partes e das testemunhas que não conhecerem o idioma nacional. Tal regra jurídica não estava no direito anterior, mas já entendíamos que assim se havia de proceder.

4.Eficácia de depoimentos A oúvida das testemunhas do autor em primeiro lugar permite ao réu conhecer os pontos que foram focalizados pela prova do pedido.

5.Renúncia ao depoimento Depois de comparecer a testemunha, a parte que a apresentou não pode renunciar a ela, ou à continuação do depoimento, sem que coúsintam as partes do mesmo lado, ou assintam as contrárias, os fiscais e o juiz.

Art. 414. Antes de depor, a testemunha será qualificada,

declarando o nome por inteiro, a profissão, a residência e o

estado civil, bem como se tem relações de parentesco com a

parte, ou interesse no objeto do processo’) 2)

~JO É lícito à parte contraditar’) a testemunha’), arguindo-lhe a incapacidade, o impedimento ou a suspeição.

Se a testemunha negar os fatos que lhe são imputados, aparte poderá provar a contradita7) com documentos ou com testemunhas, até’ três (3), apresentadas no ato e inquiridas em separado4). Sendo provados ou confessados os fatos6), o juiz dispensará a testemunha, ou lhe tomará o depoimento, observando o disposto no art.

405, ~41

~20 A testemunha pode requerer ao juiz que a escuse de depor, alegando os motivos de que trata o art. 406; ouvidas as partes, o juiz decidirá de plano8).

1. Qualificação da testemunha Tem-se de qualificar a testemunha antes de começar o depoimento (nome por inteiro, profissão, residência e

estado civil). Além disso tem de ser ouvida sobre se tem relações de parentesco com aparte, ou interesse no objeto do litígio. Se ignorava alguma relação ou ligação de interesse no objeto do litígio, pode requerer ao juiz que a escuse de depor (cf. art. 414, § 20).

2. Texto de 1939 e texto de 1973 Criticáramos, arduamente, o art.

240 do Código de 1939, onde se aludia a testemunha impedida e a testemunha iidônea, e criara grandes dúvidas diante dos conceitos e dos textos do direito material. O art. 414, § 10, do Código de 1973 não mais incidiu no erro por que, aqui, não mais nos há de interessar (cf. Comentários ao Código de 1939, III, 2~ ed., 397 s.). O art.

414, § 10, referiu-se às arguições (incapacidade, impedimento, ou suspeição) e à contrapartida. Sobre incapacidade, vejam-se o art. 405 e § 10; sobre impedimento, § § 20 e 40; sobre suspeição, § § 30 e 40•

Sob o Código de 1939, perguntava-se se eram impedidas todas as pessoas a que se referia o Código Civil, art.

142: “Não podem ser admitidos como testemunhas: 1. Os loucos de todo o gênero. II. Os cegos e surdos, quando a ciência do fato, que se quer provar,

dependa dos sentidos que lhes faltam. III. Os menores de dezesseis anos. IV. O interessado no objeto do litígio, bem como o ascendente e o descendente, ou o colateral, até o segundo grau, de alguma das partes, por consangíliidade ou afinidade.” O Código de 1973, no art. 405, *

1~, 1, II, III e IV, disse quem é incapaz como testemunha, e, no art. 405, § 20, 1, II e III, quais as pessoas impedidas para testemunhar. Faltava tudo isso no Código de 1939. O Código de 1973 dedicou, especialmente, à enumeração dos casos de suspeição, o art. 405, §30 que não constava do Código de 1939.

No art. 414, impõe-se à testemunha dizer qual o seu nome por inteiro, a profissão, a residência e o estado civil, bem como se tem relações de parentesco com a parte, ou interesse no objeto do processo. No § 20, permite-se a contradita, com arguição de incapacidade, impedimento ou suspeição.

3. Contradita A contradita consiste em enunciados de fato (comunicações de conhecimento), dirigidos ao juiz, mas referentes (a) ao depoimento da testemunha ou (b) à pessoa.

À contradita (a) refere-se o art. 414, § l”, 2~ parte, posto que na ia par~

a expressão “contradita” seja no sentido (b). Tem limites que são os do tema probatório, de modo que o contraditor se há de restringir a contradizer o que a testemunha disse, ou, no máximo, o que afirmou ou negou por omissão no responder ao que se lhe perguntou. A contradita não pode adquirir caráter inquisitivo, arguindo a falsidade de comunicações de conhecimento, feita pela testemunha, que não caibam no tema probatório. Tal contradita de falsidade pode fazer-se a qualquer tempo, desde que ainda seja possível provar-se. Pode coniraditar, no sentido (a), quem produziu a testemunha (Manuel Mendes de Castro, Practica Lusitana, II, 93).

A contradita (b), que é aquela a que se refere o art. 414, § 1c>, ia parte, recai na pessoa da testemunha, ou como ímpedida, ou como iidônea (defeituosa). Faz-se por proposições ditadas, antes, durante ou logo após a inquirição; mas, se a causa somente foi sabida depois, até o encerramento da instrução, ou na superior instância, se dela só se teve conhecimento depois daquele encerramento. A regra é a de que, em caso de contradita (b), a parte (Manuel Mendes de Castro, Practica Lusitana, II, 93) não pode contraditar a testemunha que ela mesma

produziu em juízo (cf. Ordenação do Livro III, Título 58, § 2); mas a doutrina, com a lei (§ 12), fixou duas exceções: (1) se a parte ignorava (ônus de afirmar e de provar) que a testemunha era impedida, ou iidônea; (2) se a causa sobreveio (J. J. C. Pereira e Sousa, Primeiras Linhas, 1,208). Onus de afirmar e ônus de provar, com o interessado.

As provas têm de ser feitas, em princípio, na própria audiência de instrução. Mas há exceções (e. g., art. 411 e parágrafo único).

j~O incidente de falsidade, de que tratam os arts. 390-395, não só se aplica à falsidade de documento? No art.

414, § 1~', diz-se que é lícito à parte contraditar a testemunha, arguindo-lhe a incapacidade, o impedimento ou a suspeição, e, se a testemunha negar os fatos que lhe são imputados, a parte pode provar a contradita com documentos ou com testemunhas. Ora, se a testemunha juntou documento quanto à sua capacidade, ou a parte, com a contradita, juntou documento para provar a incapacidade, não se pode negar a possibilidade de se usar o remédio jurídico processual do incidente de falsidade, quer por parte da própria testemunha, quer de alguma das partes. Algum documento pode ter sido junto para provar o impedimento ou a suspeição da testemunha, e não seria de admitir-se que se invocasse o que concerne à falsidade. Temos, portanto, de assentar que os documentos a favor ou contra as testemunhas se submetem aos artigos 390-395.

As testemunhas com que se provam artigos de contradita podem ser contraditadas. Assim entendíamos sobre o Código de 1939 e entendemos hoje. O art. 407, parágrafo único, é-lhes aplicável.

É perante o juiz deprecado que se põem as contraditas; salvo se a causa era ignorada e se faz prova, na alegação, dessa ignorância.

Se o juiz despreza os artigos de contradita, seja contradita (a), seja 207

contradita (b), somente cabe recurso de agravo de instrumento.

4. Apreciação das alegações pessoais e da contradita No sistema do Código, é ao juiz que cabe apreciar a contradita e a alegação de incapacidade, impedimento ou suspeição da testemunha. Acha-se o juiz diante da vida e munido da sua

experiência dos homens, com os seus afetos (simpatia, ódio), os seus impulsos, os seus tão afluíveis pendores infracivilizados e mesmo infra-humanos. Daí a camada de cultura geral que se lhe devera exigir. Quanto à incapacidade da testemunha, tratando-se de pessoas fora de qualquer capacidade psíquica de testemunhar, ainda não interdita, claro que o juiz evitará que com ela se perca tempo. Querendo a parte que se ouça o menor de dezesseis anos, a anormalidade do caso dá-lhe o ônus da prova de que é de utilidade eventual para o convencimento do juiz que se lhe tome o depoimento. O juiz apreciará a fundamentação. O próprio juiz pode ordenar a assentada e o depoimento, de acordo com o art. 131, ou conforme o art. 341. Quanto ao cônjuge do litigante, se aparte adversa argumenta com a presença dele, como se afirma que ele estava presente, e se lhe não pede o depoimento, porque não é parte no processo, i,como poderia o juiz negar ao cônjuge-parte o arrolá-

lo como testemunha ou apresentá-lo como prova contrária? Se essa pessoa, ouvida na sua alta concepção da vida, que está acima, tantas vezes, dos laços matrimoniais e da famflia, depõe sobre os fatos, confirmando a outra parte, ~,pode o juiz recusar ao seu depoimento valor probatório? O que o juiz não deve é forçar essa pessoa a depor. j,Mas, se depõe? Os arts. 131 e 341 são invocáveis.

5. Inserção da contraditaA contradita há de ser sempre consignada, quer se tome por termo, quer não.

6. Fatos jurídicos e negócios jurídicos Se legalmente impedida a testemunha, há de entender-se naqueles casos em que a jurisprudência assentou que se não ouviriam de modo nenhum as testemunhas. A diferença entre fatos jurídicos que são negócios jurídicos ou atos jurídicos siricto sensu e fatos jurídicos que não são negócios jurídicos, nem atos jurídicos stricto sensu, é essencial, pela distinção entre a capacidade para testemunhar quanto àqueles e a capacidade para testemunhar quanto a esses.

207Ou retido (arO. 522), este suscetível de interposição oral (art. 523, § 30, na redaç5o do arO. 1” da Lei n”9.139, de 30.11.95).

7. Prova da contradita A parte há de fazer a prova da contradita, com documentos, ou com as testemunhas que foram arroladas, ou com outras testemunhas, até três, que apresente no ato e inquiridas em separado. Se houve confissão, ou se há prova suficiente do fato ou dos fatos, ou o juiz toma o

depoimento, com observância do art.

405, ~ 40, ou dispensa a testemunha. Aí, o que ocorre é o que em geral se estatui no art. 131.

8. Escusa de depor A escusa de depor, a que se refere o art. 414, *

20, não é declaração de impedimento (a fortiori, a de incapacidade): a lei apenas retirara a tais pessoas o dever de depor, de modo que a intimada pode, desde logo, alegar ao juiz a razão para não comparecer, ou comparecer e recusar-se a depor. Ouvem-se as partes e o juiz decide. É possível que a parte negue que, com o depoimento, haveria dano grave, ou que os lesados estejam nas relações de parentesco de que cogita o art. 406, 1, ou por estado ou profissão haja dever de sigilo.

Quem está impedido de ser testemunha não se escusa de depor. O que se passa é que alega não poder depor.

Somente quem pode depor é que pode escusar-se. Se a pessoa está impedida de depor, tem de dizer que não lhe épermitido depor, o que pode acontecer antes da intimação, por ocasião da intimação, ou depois. Pode ser que da causa de impedimento só tenha tido conhecimento no próprio dia ou hora em que teria de depor, ou em que está depondo. Pense na pessoa arrolada que depôs e logo após o depoimento teve notícia de que uma das partes se casava com seu irmão ou com sua irmã. Aliás, tem-se de atender à ressalva que consta do art. 405, § 2”, 1

Art. 415. Ao início da inquirição, a testemunha prestará o compromisso de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntadd).

Parágrafo único. O juiz advertirá à testemunha que incorre em sanção penal quem faz afirmação falsa, cala ou oculta a verdade2).

1. Apresentação das testemunhas e assentada É de estranhar-se que, em país que, para certos casos, se preza de tão religioso, nos pontos em que a consciência religiosa prestaria algum serviço, fosse ela posta de lado, ou como inútil, ou como incômoda. Nenhuma formalidade havia, em 1939-1972, para o depoimento, nenhuma ligação entre as convicções filosóficas, ainda de dignidade humana, de responsabilidade cívica, e o testemunho.

O homem e o Código Penal. Daío que escrevemos nos Comentá nOs ao Código de 1939 (III, 20 ed., 393, s.).

No Reg. n0 737, art. 175, as testemunhas haviam de ser juramentadas conforme a religião de cada uma, DAS PROVAS

exceto se fossem de tal seita que proibisse o juramento. Depois, com a República, tivemos o "compromisso", com o valor de solenidade, de preparação do homem para o ato que, muitas vezes, exige coragem (reconhecido pela psicologia contemporânea como de valor prático). Em 1939, com a ditadura, nada; nem juramento, nem compromisso. Direito que se desinteressaria de todos os valores internos, de toda profundidade, que só se preocupa realmente com o que o juiz colherá dos autos para deferir ou indeferir a ação possessória, ou a reivindicação, ou a nulidade de testamento. O juramento e o próprio compromisso dificultariam esse jogo de forças. Quando o escrivão aparecia, já trazia as assentadas, a fala das testemunhas, como sacas de carne ou de café para a pesagem futura, na presunção de que tenham registrado, como aparelhos ocasionais, o que se passou; tão-só isso. O juiz não tinha tempo a perder. Nem lhe importaria outra coisa que o depoimento e o seu livre convencimento. A assentada é uma só, para cada grupo. Rapidez, antes de tudo. No fundo, o niilismo de uma civilização doente, incapaz de construir e crer na dignidade humana, na sua abnegação e no escalonamento de valores que não seja o das leis penais e o dos impulsos e tendências do egoísmo. A mesma crítica foi atendida. Hoje, com o art. 415, no início da inquirição, a testemunha presta o compromisso de dizer a verdade do que saiba e lhe for perguntado. O conteúdo da pergunta liga-se a algum fato e a respeito dela pode ela depor fora da pergunta feita, pois que entende relativo ao fato ou aos fatos o depoimento.

Antes da inquirição, há a qualificação da testemunha, com o ndme por inteiro, a profissão, a residência e o estado civil. Tem mesmo de dizer se tem ou não parentesco com alguma das partes, ou interesse no objeto do processo. Depois, pode haver a contradita, que há de ser declarada procedente ou improcedente (art. 414, § 10).

Após isso é que há de prestar o compromisso de dizer a verdade.

2. Dever de verdade e vioIaç~o do dever O dever de verdade édever de determinada função. Tem-no qualquer ser humano que faz comunicação de

conhecimento (enunciado de fato), ou que tem dever de comunicar o que conhece. Para que haja o dever de comunicar é preciso que exista razão para que se exija a comunicação, tal como acontece a quem depõe como parte, ou como testemunha, ou a quem tem de narrar fatos e na narração se fundar, tal como acontece ao juiz. A testemunha está sujeita ao art. 415 e ao parágrafo único. O juiz tem de adverti-la do dever que resulta dos princípios e dos textos legais que acima referimos. Ela sabe quando pode escusar-se de depor, texto que o juiz não precisa lembrar.

Art. 416. O juiz interrogará a testemunha’) sobre os fatos articulados, cabendo, primeiro à parte, que a arrolou, e depois à parte contrária, formular perguntas tendentes a esclarecer ou completar o depoimento2).

~ 1 O partes devem tratar as testemunhas com urbanidadetY), não lhes fazendo perguntas ou considerações impertinentes, capciosas ou vexatórias3) ~> s).

s~ 2~ As perguntas que o juiz indeferir serão obrigato riamente transcritas8) no termo se a parte o requerer.

1. Inquirição pelo juiz As testemunhas são inquiridas pelo juiz, e não pelas partes, ou seus advogados (contra, oReg. n0737, art. 181). Assim, a presença do juiz é obrigatória, evitando-se os males da antiga presença de um juiz inerte, a que os advogados mesmos tentavam negar, “por vezes”, qualquer intervenção moralizadora na inquirição. As perguntas das partes às testemunhas são requeridas, deferidos os requerimentos ou indeferidos, o que há de constar do termo. O advogado pode apresentar as perguntas.

A inquirição não pode ser feita pelo advogado (4& Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 24 de setembro de 1941, R. F., 90,428); porém, se o foi, daí não resulta nulidade, salvo se a parte agravou e foi, afinal, provido o agravo.

No art. 416 diz-se que o juiz “interrogará a testemunha sobre os fatos articulados”. Já no art. 413 está que “o juiz inquirirá as testemunhas”. As partes têm o direito de formular perguntas, uma vez que tenham por fito esclarecimento do depoimento ou para o completar. Aí, há colaboração para a solução justa pelo juiz. As perguntas podem ser feitas através do juiz, ou, se foi deferido o requerimento, diretamente pela parte. Pode ser que a parte tenha formulado as

perguntas, deixando ao juiz a escolha das que há de fazer, ou permitir que a parte o faça. Um dos pontos principais é o da

1

208Redação do § 20, dadapelo art. 1” da Lei n0 7.005, de 28.6.82. Eis o texto anterior: “As perguntas, que o juiz indeferir, serão transcritas no termo, requerendo-o a parte”. Na verdade, a nova redação nada acrescentou à antiga porque o verbo serão já bastava para obrigar ao registro das perguntas indeferidas, se a parte indagadora o requeresse. O desnecessário acréscimo do advérbio obrigatoriamente, inserto no texto pela lei modificadora, terá decorrido da atitude de juizes cuja ignorância eprepotância se rivalizam em tamanho e serevelain, principalmente, diante da timidez ou do despreparo dos advogados. Tal como antes redigida, a norma já tomava obrigatória o registro das perguntas indeferidas. Impõe-se que o juiz as mande transcrever no termo de audséncia, se a parte que as formulou assim requerer, nada impedindo que ele o faça de ofício, ou a pedido da parte contrária ou do Ministério Público. Se a parte repete perguntas do mesmo jaez. basta que se consigne uma, ou algumas, com a nota de que outras semelhantes também se fizeram.

legitimação das partes a mostrar ao juiz que a testemunha não depôs sobre algum ou alguns fatos. De regra, as partes só requerem fazer perguntas depois das informações prestadas pelo depoente, mas isso não afasta que haja razão para a parte ou as partes, antes de a testemunha prestar o compromisso, ou antes da inquirição, fazerem o requerimento de perguntas, por elas ou pelo juiz.

2. Requerimento de pergunta, indeferimento e referência exigida Sempre que alguma pergunta for requerida e o juiz indeferir o requerimento, deve ser consignada a ocorrência.

A falta, se consta que a parte não se conformou com a omissão, é causa de nulidade. Tratando-se de ofensa à honra de alguém, estranho à causa, ou revelação de segredo de Estado, pode ser consignada a razão do indeferimento e de não ser consignada a pergunta.

Há sempre agravabilidade.

As perguntas oriundas das partes têm de obedecer a ordem seguinte: primeiro, da

parte que arrolou a testemunha; depois, a parte contrária. Se duas ou mais partes arrolaram (entenda-se: dois autores ou mais, dois réus ou mais) a mesma testemunha, a ordem é conforme a em que figuram como autores ou como réus.

Ao juiz é que cabe decidir se convém ou não que a parte se dirija diretamente à testemunha, tenha ou não havido requerimento da parte ou das partes.

3. Surdo e depoimento Se o surdo tem de depor, o juiz nomeia intérprete, ou faz por escrito as perguntas, mostrando-as às partes. Se for surdo e cego, é imprescindível o intérprete. Se surdo-mudo, também; salvo usando-se a escrita das perguntas e das respostas.

4. Pedido de exame de peça pela testemunha A testemunha pode, antes de responder, pedir que se lhe mostre alguma peça dos autos que lhe sirva de base às respostas; apresentar documento ou coisa que lhe corrobore o depoimento, devendo ser junto, se a parte não oferece o mesmo ou semelhante; no caso de muitos fatos sobre que tem de depor, pedir que se lhe caracterize o de que cogita cada pergunta. Depois de depor, que se acrescente frase ou expressão esclarecedora de alguma das respostas; antes de autenticar, que se lhe dê a ler o documento, salvo se se achava a distância hábil para lhe ver a escrita.

De qualquer recusa cabe recorrer-se por agravo.

Tendo a testemunha deposto mais de uma vez, sobre o mesmo ponto, mais atendível é o primeiro depoimento; porque os outros, diferentes, se

presumem (presunção hominis) obtidos por outrem (Manuel Álvares Pêgas, Resolutiones Forenses, III, 375).

5.Limites da petição inicial e da defesa As perguntas, requeridas pelas partes, hão de ser pertinentes, isto é, necessárias à instrução e restritas à matéria da petição inicial e da defesa. O autor pode requerer perguntas às suas testemunhas e às testemunhas do réu; o réu pode requerer perguntas às suas testemunhas e às do autor. O

Código não restringiu as perguntas do autor às suas testemunhas, nem as do réu às suas. Por isso mesmo, quem não contestou pode requerer perguntas às testemunhas do autor (sem razão, a 1~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de

São Paulo, a 21 de novembro de 1950, R. dos T., 190, 245). O juiz é que há de decidir da pertinência ou impertinência das perguntas.

6.Tratamento das testemunhas pelas partes As partes têm de tratar as testemunhas, sejam da outra parte ou das partes, sem desrespeito, sem cortesia. (Houve tempos em que as pessoas das cidades eram mais bem educadas, atenciosas, do que as das zonas rurais; mas a Idade Média passou, e em muitos lugares e séculos a gente do interior era mais gentil. Daí evitarmos a referência à urbanidade, que de certo modo localiza). Nas perguntas, há de exigir-se ligação com os fatos da causa, a pertinência; tem-se de evitar que sejam ardilosas, capciosas, ou humilhantes, afugentes, vexatórias. A regra jurídica permite e exige ao juiz que vele pelo respeito àtestemunha, ou com advertência à parte, ou retirada do dever de resposta. O § 20 é invocável pela parte, que a fez, ou pela outra parte, ou pela testemunha.

7. Perguntas e respostas Uma vez que se está em audiência, as perguntas, a respeito de serem feitas pelas partes às testemunhas, passam da parte ao juiz e do juiz à testemunha, razão por que, uma vez feitas, depende do juiz poder responder a testemunha. O ato do juiz que as reputa afastadas por ser de oficio, ou a requerimento da testemunha, ou da outra parte, ou da própria parte que arrolara a testemunha.

Perguntas impertinentes são as perguntas estranhas ao assunto. Nem as há de fazer o juiz, nem cabe ao juiz deferir o requerimento, feito pelas partes, de perguntas impertinentes. As perguntas podem ser apenas pedidos de esclarecimentos. Perguntas capciosas são as que são feitas para iludir, para induzir em erro. Perguntas vexatórias são as perguntas que perturbam, atormentam, maltratam, humilham, afligem.

8.Transcrição das perguntas Pode ter sido acertada, ou não o ter sido, a dispensa da resposta, se o juiz invoca o art. 416, § JO; mas, a despeito

do “serão transcritas”, não está o juiz diante de imposição legal: se há inconveniente, para a testemunha, ou para a outra parte’ ou para o decoro público, em se inserir no processo tal pergunta, cabe ao juiz ordenar que se transcreva?’~

Art. 4J 7210 O depoimento3), datilografado’) ou registrado por taquigrafia,

estenotipia ou outro método idôneo de documentação5), será assinado pelo juiz, pelo depoente e pelos procuradores2) 4), facultando-se às partes a sua gravação6).

Parágrafo único. O depoimento será passado para a versão datilográfica quando houver recurso da sentença, ou noutros casos, quando o juiz o determinar, de ofício ou a requerimento da parte').

1. Datilografia A lei exige a datilografia dos depoimentos. Naturalmente, deve ser, na mesma audiência, lida à testemunha, para que logo a autentique. Marcar-se outra audiência seria contra-senso, tanto mais quanto o intervalo daria ensejo às partes para confabulações com a testemunha sobre o depoimento. Ao datilógrafo não é dado usar borracha ou outros meios de obliteração: letra ou palavra escrita não se apaga, ressalva-se.

O juiz, as testemunhas e as partes têm de assinar o depoimento.

2. Autenticação (subscrição, assinatura e rubrica) O depoimento será autenticado, com a subscrição e a assinatura, ou a rubrica, de cada uma das folhas ou páginas, devendo vir, antes da sua subscrição, todas as ressalvas e esclarecimentos que se tenham de fazer. O depoimento não autenticado em alguma das folhas não se presume, quanto a essa folha, feito pela parte. A fé pública do escrivão não vai, hoje, até aí. Sobre coação às testemunhas, veja-se o Código Penal.

3. Testemunhas em retardo Se a testemunha se apresenta depois do momento marcado e mesmo já iniciada a audiência, ainda se lhe deve tomar a assentada, embora com sanções.

209O ponto é delicado. Se, nas hipóteses do texto, o juiz não transcreve e há agravo, talvez se possa escrever a pergunta em folha solta, lacrada em envelope rubricado pelo juiz e pelas partes, a fim de que dela conheça o órgão recursal.

210Redação dada pelo art. 1. da Lei n0 8.952, de 13.12.94, que acrescentou o parágrafo único. Eis a norma anterior, transcrita com a indicação dos comentários de Pontes de Miranda, mantidos pela utilidade e para se preservar incólume esta sua obra: "O depoimento3), depois de datilografado'), será assinado pelo juiz2), pela testemunha e pelas partes". Vd. os comentários do

atualizador ao novo texto, adiante, sob os ns 5 a 7.

Quem não contestou não satisfez as exigências do art. 300. Não tendo protestado por prova testemunhal, não pode depositar em cartório rol de testemunhas. Portanto, não pode pretender depoimentos de testemunhas (já sob o Código de 1939, Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará, 18 de outubro de 1952, J. e D., IX, 162).

Iniciada a audiência de instrução e julgamento, já não podem ser admitidas novas testemunhas, salvo com a observância do art. 408.

Cumpre, porém, notar-se que o art. 183 e §§ F’ e 20 podem ser invocados, pois não se hão de interpretar essas regras jurídicas como limitadas às partes, uma vez que se acham na Seção 1 sobre prazos e a despeito de referência de tais regras jurídicas a “parte”. Tem o alegante o ônus da prova. Há o requerimento fundamentado e devidamente instruído e o despacho do juiz, que o defere ou não. Se o indefere, o recurso é o de agravo de instrumento.

O depoimento, depois de datilografado, é assinado pelo juiz, pela testemunha e pelas partes. Houve, portanto, o termo (cf. art. 416, § 20). O datilógrafo ou taquígrafo (art. 141, III), se, ouvindo a testemunha, verifica que ela empregou palavras de linguagem defeituosa, ou de difícil compreensão, pode reproduzir o que ela disse, acrescentando, entre parênteses, o que entendeu. Se a testemunha não sabe escrever, ou não pode escrever, tem de assinar, a seu rogo, a pessoa indicada. Se a testemunha não quiser assinar o termo, tem o juiz de ordenar que ela diga as razões para tal atitude e tem-se de mencionar no termo o que ocorreu. Observe-se que não mais se admite o termo por escrito. Se o depoimento foi gravado, ou taquigrafado, não édispensada a datilografia, pois só após ela é que se há de assinar o termo.

4. Rubrica Se tiver de continuar a audiência em outro dia, as páginas têm de ser rubricadas, e a última, assinada pela testemunha, fazendo parte integrante da instrução; e não são substituiveis pela escrita, salvo como forma comum do documento, à semelhança de traduções de língua estrangeira.

~•2íí Registro do depoimento A Lei n” 8.952, de 1 3.1 2.94, art. 1”, derrogou o art. 417 para admitir o registro do depoimento, além da datilografia (hoje, digitam-se os textos, extraindo-se cópia do quanto apareceu e se corrigiu na tela

do visor, através de impressora), por meio da taquigrafia, estenotipia, ou qualquer meio idôneo de documentação. Vejam-se, a respeito desses métodos, os comentários de n~’ 1, 3 e 4 ao art. 170, com a redação do art. 1 da mencionada lei, no tomo III desta coletânea.

6.212 Gravação A lei, que nunca proibiu a gravação dos depoimentos pelas partes, decidiu, agora, explicitar sua admissibilidade, para não deixar a questão ao arbítrio do juiz. Não se admite a gravação se o processo corre em segredo de justiça. Se a audiência não for una e contínua, devendo prosseguir em outro dia (art. 455), a gravação ficará em poder do juízo, para se assegurar, na medida do possível, o cumprimento da última proposição do art. 413.

w

A leifaculta a gravação às partes, que são o autor, o réu, os terceiros intervenientes, o Ministério

Público. O direito se estende ao próprio depoente, para se assegurar da fidelidade da transcrição do 4 depoimento esteno

grafado.

DAS

7 Tanto mais se just~fica

a possibilidade da gravação quanto se considerar que o depoimento PROVA

0 não é, necessariamente,

vertido em texto datilografado, como se vê no parágrafo único. No S

meu

opúsculo

A

Reforma do Código de Processo Civil (2”ed., p. 62), sustentei que, não havendo

a norma

espeqficado o sentido do substantivo gravação, deve-se entender que ela éadmissível tanto em fita quanto em video, desde que a captação não perturbe as condições do local ‘do depoimento e nem, muito menos, o depoente.

213

7.Transcrição do depoimento O juiz só determina a transcrição datilográfica do depoimento estenografado, ou colhido por outro método idôneo (e.g., gravaçãofeitapeloprópriojuízo), antes ou depois da sentença, se a reputar conveniente, ou se deferir pedido da parte. Havendo recurso da sentença (a lei falou, prudentemente, em recurso, em vez de apelação, atenta ao fato de que,formalmente consideradas interlocutórias, entendem-se agraváveis certas sentenças, proferidas sem a extinção de todo o processo), a transcrição é obrigatória, para que o depoimento se faça acessível ao órgáo recursal. Pode-se julgar sem a prévia transcrição, tanto assim que o parágrafo só a torna obrigatória existindo recurso.

Se o recorrente quiser demonstrar, no recurso, que a sentença distorceu o depoimento, pode pedir a transcrição dela, cumprindo ao juiz devolver ao recorrente o prazo recursal eventualmente em curso, quando apreciar o requerimento. Indeferido ele, cabe ao recorrente interpor agravo, necessariamente retido, pois se tratará de decisão posterior à sentença (art. 523, s~ 4”, na redação do art. l”da Lei n” 9.139, de 30.11.95). Será de

212Comentários do atualizador.

213Comentários do atualizador.

instrumento o agravo, se, além de indeferir o requerimento, o juiz não devolver o prazo da apelação (art. 522, ~

4”) e esta já não mais puder ser interposta.

Cabe requerimento de retificação da transcrição infiel do depoimento, como ainda arguição de falsidade (art.

390 e ss.).

Art. 418. O juiz pode ordenar3), se oficio ou a requerimento da parte: 1a inquirição de testemunhas referidasi) nas declarações da parte ou das testemunhas; II a acareação’) 2) de duas (2) ou mais testemunhas ou de alguma delas com aparte, quando, sobre fato determinado, que possa influir na decisão da causa, divergirem as suas declarações.

1. Acareação A acareação é objeto de requerimento ou de resolução de ofíció, independente de qualquer pressuposto de ter havido divergência entre o depoimento de uma testemunha e o de outra testemunha, ou de uma testemunha e o de alguma das partes. No direito anterior a 1939, a contradição entre as testemunhas era pressuposto necessário à acareação. A novidade foi evidente, mas volveu-se à exigência de divergirem as testemunhas. Entenda-se, com a parte que a produziu, ou com a parte contrária. O Código fez o pressuposto da contradição entre a testemunha e a parte, ou entre as testemunhas.

2. Requerimento da acareação A requerimento de qualquer das partes, seja a que arrolou a testemunha, seja o seu litisconsorte, seja a parte contrária, seja assistente, equiparado a parte, ou não (art. 52). Tratando-se de acareação com a parte, a lei não impede que essa mesma parte a requeira. Também em quaisquer casos pode o juiz, de ofício, determinar a acareação, quaisquer que sejam as pessoas.

3. Carta precatória ou rogatória ~ Quid iuris, se tiver havido carta precatória ou rogatória? Se as testemunhas tiverem deposto por carta precatória na mesma comarca, é ao juiz ou tribunal deprecado que incumbe ordenar ou deferir o requerimento de acareação. Se a contradição se verificou entre depoimentos produzidos em comarcas diferentes, pode o tribunal, se o julgar indispensável, ordenar que compareçam perante ele as pessoas a acarear, expedindo-se cartas para a notificação214 das que residirem fora (ART. 419)

da comarca se a parte respectiva não se compromete a apresentá-las. No direito brasileiro vigente, temos de distinguir as espécies, e completar o número delas: a) entre as testemunhas, ou entre testemunhas e parte, que depõem no juízo deprecado, ou o juiz deprecante, a requerimento ou de ofício, incluiu na carta precatória a diligência da acareação, ou, por ocasião do depoimento no juízo deprecado, qualquer das partes requer ou o juiz deprecado determina, de ofício, que sejam acareadas; b) entre testemunhas que depõem no juízo da demanda e testemunhas que depõem em cumprimento de carta precatória, só a requerimento

da parte e às suas expensas, anuindo a testemunha presente, ou a ausente, em se deslocar, pode dar-se a acareação; c) entre qualquer das testemunhas e parte que depõem em diferentes juízos, a requerimento dessa, que se propõe a deslocar-se, pode dar-se a acareação, ou por determinação de ofício pelo juiz, ou a requerimento da outra parte, se a parte a ser acareada, tendo de deslocar-se, anuiu; d) a superior instância, no caso de ser indispensável, pode sempre, de oficio, determinar a acareação. As despesas da acareação são pagas pela parte requerente; se determinada de oficio, pelo autor (cf. art. 19, § 20). O juiz brasileiro pode rogar a acareação no estrangeiro; e acarear no Brasil, em caso de rogatória estrangeira. A letra d) aplica-se às cartas rogatórias.

4. Testemunha referida Sendo referida, no depoimento de parte ou de testemunha, ou na acareação, alguma pessoa, pode qualquer das partes requerer, ou, de ofício, determinar o juiz, que compareça para depor (testemunha referida). O art. 341 já havia previsto a espécie. Também pode o juiz, com fundamento no art. 131, mandar ouvir pessoa referida em documento. O que o juiz não pode é ordenar diligência para cuja determinação não haja nos autos motivo ou base. É na audiência de instrução que têm de ser ouvidas as partes e as testemunhas (art. 452, II e III). Aí as declarações das partes e das testemunhas podem conter referência a alguma ou algumas pessoas que algo saibam ou possam saber quanto ao objeto da causa, ou das outras provas.

Pense-se, por exemplo, em alusão da parte ou de alguma testemunha a outra pessoa, que não foi arrolada como testemunha, mas a sua inquirição convém à verificação da verdade, ou em que a testemunha, no depoimento, fez referência ao que outrem lhe dissera. O depoimento de tal pessoa pode confirmar, ou não, o que a parte ou a testemunha dissera. O juiz tem de determinar, para dia próximo (art. 455), a inquirição da pessoa referida, ou das pessoas referidas. As despesas são adiantadas pelo autor (art. 19, § 20), se foi ele que requereu, ou o Ministério Público, ou o juiz o determinou de oficio.

Art. 419. A testemunha pode requerer ao juiz o pagamento da despesa’) que efetuou para comparecimento à audiência, devendo a parte pagá-la logo que arbitrada, ou depositá-la em cartório dentro de três (3) dias.

Parágrafo único. O depoimento prestado em juízo é considerado serviço público3). A testemunha, quando sujeita ao regime da legislação trabalhista, não sofre, por comparecer àaudiência, perda de salário2) nem desconto no tempo de

serviço.

1.Fonte da regra jurídica sobre despesas da testemunha A medida entrara no Brasil com o art. 222 do Código de Processo Civil do Distrito Federal. O dever, de todos os que se acham sob a jurisdição brasileira, de colaborar com a função judiciária tem de atender a que a testemunha não seja prejudicada, pecuniariamente, com o cumprimento dele. Tal indenização ‘depende de reclamação da testemunha; porém nada obsta a que o reclame da parte, antes de comparecer. Se a testemunha a reclama, pode o juiz ordenar o depósito da importância necessária, pelo requerente da intimação, ou, se intimada de oficio a testemunha, pelo autor (art.

19, § 20).

O art. 419 refere-se à pretensão das testemunhas em relação à parte que as fez comparecer, nao a qualquer pretensão da parte em relação à outra parte (4~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 22 de junho de 1950, R. dos T, 188, 201).

O que o art. 419 estatui é o direito da testemunha à indenização das despesas que teve de prestar para comparecer e depor, incluindo-se o salário que, por ter havido tal circunstância, teve de perder. As despesas podem ser as de condução, permanência no local, hospedagem, se a residência da testemunha não é no local da sede do juízo mesmo se na mesma comarca. As despesas de ida e volta, que foram feitas, têm de ser pagas.

A testemunha tem de requerer (art. 419). Não pode o juiz, de oficio, determinar o pagamento. A reclamação pode ser feita antes ou depois do depoimento, devendo apontar a causa e o valor das despesas. A parte que tem de prestar ou atender imediatamente ao que foi pedido, ou há o arbitramento, findo o. qual presta desde logo, ou dentro de três dias deposita o que tem de ser prestado. Tais indenizações são despesas processuais (art. 20, §

20) e o juiz há de condenar o vencido a pagá-las ao vencedor (art. 20).

2.Salário que perdeu O salário, ou o que valeria o seu trabalho não-salariado. Se, porém, a testemunha continuou a percebê-los, não são devidos pela parte. O ter deixado de perceber é pressuposto necessário e (ART. 419)473

suficiente. A pessoa que vive de rendas nada perde; nem aquele a que se não deixam de pagar os dias ou o dia de comparência à justiça. O salário édevido se, tendo direito a dia de descanso semanal, ou mensal, a testemunha o empregou nisso. No caso de desconto parcial, não é devido o salário todo. As repartições públicas não podem descontar vencimentos ou antiguidade a quem alega ter de faltar para depor, mostrando a intimação.

Quem está sujeito à legislação do trabalho não perde o salário por ter de comparecer à instrução judicial para depor como testemunha.

Oart. 419 só se refere à testemunha. De modo nenhum, à parte, ou quem funciona como interveniente.

3.Despesas O art. 419, parágrafo único, considera o depoimento prestado em juízo serviço público e, diante disso, a testemunha sujeita ao regime da legislação trabalhista, não sofre, com o comparecimento à audiência, perda do salário, nem lhe pode ser descontado no tempo de serviço. Mas as despesas têm de ser indenizadas, como as de transporte e as de hospedagem (art. 20 e § 20).

Seção VII

Da Prova Pericial 1)9)

1.Perícia, exame, vistoria, avaliação e prova pericial O Código de Processo Civil incluiu entre os meios de prova a perícia, sem lhe apagar a função de ajuda ao juiz na apreciação de determinados motivos probatórios. A diferença entre o laudo pericial e o depoimento da testemunha, aquele, exame presentativo, ligado ao que é, ainda que seja para refazer, em certos casos, o pretérito, e esse, representativo (mnemônico), para expor o quefoi, constitui objeto do que dissemos ao tratarmos dos arts. 145-147. Aqui, em vez de cogitarmos do perito e da sua função em abstrato, toca-nos o assunto do procedimento da perícia.

Falando dos peritos, como auxiliares da justiça, a eles foram dedicados os arts. 145-147, ao lado dos serventuários e oficiais de justiça (arts. 140-144), dos depositários e dos administradores (arts. 148-150) e dos intérpretes (arts. 15 1-153). Examinam pessoas, coisas e lugares, bem como climas e altitudes.

2.Perícia e conhecimento especial A perícia serve à prova de fato que dependa de

conhecimento especial, ou que simplesmente precise de ser fixado, não bastando a inspeção do juiz, ou a fotografia, ou a moldagem.

Aliás, a fotografia e a moldagem fazem parte, quase sempre, de laudos. Para se chamar técnico ao perito dá-se a

"técnica" significado mais amplo, que não é o vulgar; ao mesmo tempo, o de especialidade, extensão demasiada. Desde que se faça mister mais do que perceber, há perícia, e não testemunho. Testemunhas podem deduzir e induzir, porém não é esse o papel a que são chamadas a desempenhar. Referem-se a fato que passou, ou a fatos que passaram, e em cujo momento estiveram presentes: supõem lugar, tempo e fato. À perícia é indiferente que o perito estivesse no lugar em que o fato ocorreu. A especialidade, em sentido lato, do perito pode dispensar cultura, e até instrução; pode exigir alto nível de ambas. Daí perito cientista, de conhecimentos científicos raros, e perito analfabeto, como o entendido em extração de borracha no Amazonas ou em podamento de cafeeiro na Colômbia. A presença do juiz é necessária, pelo princípio da imediatidade.

Não se inseriu, no tocante a exames periciais, regra jurídica que corresponda ao art. 847; mas pela razão de ser anterior à audiência de instrução e julgamento qualquer exame (art. 432), podendo a urgência determinar que seja imediatamente após a abertura da lide. Tal exame urgentemente feito, por exigência das circunstâncias, como se o estado a ser provado é transeunte, não é, de maneira nenhuma, cautelar, é urgente, antecipado. É

incidental, e não preventivo, a despeito de se temer a desaparição dos dados a serem examinados.

Se houve vistoria ad perpetuam rei memoriam, cautelar, tal fato não impede que, se ainda pode ser feita, se requeira pendente a lide (V Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 7 de fevereiro de 1950, R. dos T., 186, 125). Aliter, se apenas foi antecipada.

Não pode ser negado a qualquer das partes o estar presente ao exame pericial (Conselho de Justiça do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 10 deoutubrodel948,R.F., 131, 151).

3. Função do perito A função do perito é esclarecer algum ponto, ou alguns

pontos, de que precisa a convicção do juiz. Por isso, querendo, o juiz determina, de ofício, a perícia (art. 130). Se alguma parte a requer, qualquer delas pode formular quesitos, que são as perguntas que se fazem ao perito e às quais, por ordem do juiz, deve responder. O Código de Processo Civil adotou a urucidade da perícia, combinando os precedimentos antigos e procedimentos oriundos da concepção de que a perícia é consulta do juiz e não meio de prova. Daí o hibridismo dos arts. 423, 421, § 1", 293, 436 e 130.

Quem faz perícia examina, verifica, certifica, comprova. A apreciação supóe percepção, observação e afirmação ou negação. O perito, sem ser

sempre cientista, muito se prende à técnica, e diz "é" ou "não é~' Ele se põe entre o juiz e o investigador dos fatos, colaborando com aquele. O que ele diz não é julgamento, mas auxilio ao juízo.215

O exame pericial pode ser feito em livros de registro público (e.g., nos livros de registro de imóveis, 3~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 24 de janeiro de 1952, R. dos T., 200,252), e em livros e papéis (não secretos) das repartições públicas. Qualquer fato que dependa de exame pode ser objeto de perícia, como tratar-se ou não do cômodos alugáveis, ou de residência inteira (2~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 17 de setembro de 1952, 206, 512), ter havido ou não desmoronamento, ter o réu cortado a cerca ou desviado águas.

Os peritos estão adstritos a responder aos quesitos. Se se reputam incompetentes na matéria, tem de ser suprida a falta, salvo se impertinente o quesito (cf. 6~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 12 de maio de 1950, R. dos T., 187, 236).

4.Nomeação do perito Sobre a nomeação do perito, art. 421. A nomeação do perito único concentra a cognição auxiliar, acentua a responsabilidade, impede a dispositividade da formação da prova, sem lha apagar quanto à indicação (aris. 282, VI, e 300), ao requerimento e ao questionário (arts. 420 e 421).

Sob o Código de 1939, a ia Turma do Supremo Tribunal Federal, a 17 de julho de 1950 (R. F., 134, 113), entendeu queaparte tinha de diligenciar para a intimação do perito; se o não fazia, não podia alegar prejuízo à sua defesa. No mesmo sentido, se a parte deixasse de nomear o seu (3~ Câmara do Tribunal de

Justiça do Rio de Janeiro, 10 de novembro de 1952). Hoje, é o juiz que escolhe o perito (art. 421). O perito e os assistentes técnicos são intimados a prestar, em dia, hora e lugar designados pelo juiz, o compromisso de cumprir conscienciosamente o encargo que lhes foi cometido (art. 422). Tal artigo não estava no direito anterior, como não estava a regra jurídica da nomeação pelo juiz. Há dever do juiz e qualquer dos interessados pode requerer ao juiz que se cumpra o art. 422.

215 As frequentes e omnlmodas detuspaçôes da prova pericial no foro brasileiro, nos dias que correm, tornam necessário prestar toda a atençáo neste ponto, destacado pelo comentarista. O juiz nem pode entregar-se ao perito, limitando-se, por assim dizer, a coonestar o que vem no laudo, que deve examinar com todo rigor, nem confiar a relevantissima prova pericial a protegidos dele, sem nenhum preparo. Cumpre reagir, enárgica e destemidamente, contra os abusos de toda ordem que se venficam na prova pericial, capazes de comprometer a credibilidade e a dignidade do Judiciário, o mais augusto dos poderes do Estado.

216 Foi modificada a redaçáo do art. 422, como se dirá adiante, nos respectivos comentários

.

5. Quesitos suplementares Os quesitos suplementares têm de se circunscrever aos pontos fixados pelo objeto da perícia tal como consta do requerimento ou dos próprios quesitos do requerente, ou dos requerentes, se a perícia é para satisfazer às partes em lide, quando ambas protestaram por perícia e a especialidade é a mesma.

Nos quesitos suplementares pode-se ampliar a investigação do perito, porém não o objeto da investigação.

Aliter, quanto aos quesitos do juiz.

Não se admitem quesitos suplementares tardios, isto é, apresentados após o laudo (45 Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 17 de setembro de 1945, R. dos T., 159,751), pois têm de ser “durante a diligência” (art. 425). Se não são tardios, só o serem impertinentes os torna inadmissíveis. Sem razão, a

3~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a 26 de dezembro de 194’7 (J., 30, 75), deu arbítrio ao Juiz, se apresentados após terminação da diligência.

Todavia, o art. 183 é invocável.

6.Pendas e novas perícias Ao juiz é dado determinar perícias (art.436), ou novas perícias (art. 130), apresentar quesitos (art. 426,11), ou sejam dilatantes do objeto da perícia ou suplementares. Se, com os seus quesitos apresentados antes da realização da diligência, o juiz alargar o objeto da perícia, podem as partes apresentar quesitos suplementares aos do juiz. Ao juiz, como às partes, concedendo-o o juiz, é facultado conservarem-se em segredo os quesitos, se há receio de serem alterados os sinais dos fatos sobre que se pediu a perícia. O

objeto da diligência, se requerida pela parte, há de constar, nesse caso, da notificação da parte contrária, guardados, sob lacre, até à realização da diligência, os quesitos secretos.

7.Prazo e invocação do art. 183 e *§ 1” e 20 Se a parte não apresentou os quesitos nos cinco dias do art. 421, §

10, pode invocar a regra jurídica sobre a justa causa por ter passado do prazo. Pode apresentar quesitos suplementares aos da outra parte ou aos do juiz. Se o juiz entender, no caso de perda do prazo pela parte, que é indispensável à perícia, pode ordenar que se efetue, ou que se proceda a outra, com o mesmo objeto.

8. Quesitos apresentados com o requerimento Só se é obrigado a apresentar quesitos nos cinco dias; e, suplementares, durante a diligência. Nada obsta, porém, a que sejam apresentados no próprio requerimento da perícia, ou na petição inicial.217

217 Sobre perícia no procedimento sumário, vd. os ana. 276, 278 e § 20 e 280, II, com a redaçáo do art• io da Lei na 9.245, da 26.12.95. No procedimento sumaríssimo da Lei n0 9.099, de 26.9.95, 9.Momento da realização da perícia LQual o momento da realização da perícia? As perícias são diligências processuais, e não atos privados dos peritos. Existe o dia ou existem os dias marcados para ela, de modo que esse lapso de tempo, de algumas horas, ou de grupo de horas em diferentes dias, é o momento da realização da diligência. Não

se confunde com o da entrega do laudo em cartório (art. 432), nem, tampouco, com o da leitura do laudo, na audiência (art. 451). Incumbe às partes, dentro de cinco dias, contados da intimação do despacho de nomeação do perito, apresentar os quesitos (art. 421, § l~', II). Começada a diligência, podem .as partes apresentar quesitos suplementares, o que dá ensejo à parte contrária (art. 425), que talvez não os tenha feito e agora os faça e apresente. O juiz fixará o prazo para a entrega do laudo (art. 427).21s A terminação do laudo não pode ser posterior ao prazo para a entrega; assim antes de findar, pode ser requerida a prorrogação (art.

432). Na audiência, o que as partes podem apresentar é o requerimento de esclarecimentos Sobre o laudo (art.

452, 1).

Art. 420. A prova pericial2) consiste em exame, vistoria ou avaliação.

Parágrafo único. O juiz indeferirá') a perícia quando:

1 a prova do fato4) não depender do conhecimento especial de técnico; II for desnecessária em vista de outras provas produzi-das'), III a verificação for impraticável5).

1.Determinação da perícia e indeferimento do requerimento O juiz determina a perícia (art. 130), ou a nova perícia (art. 437); e pode negar perícias, se ocorre algum dos pressupostos do art. 420, parágrafo único. Não é do seu puro arbítrio a apreciação da inutilidade do exame pericial. A irrelevância tem de caber num dos casos do art. 420, parágrafo único.

Frisamos que, na esteira do que entendíamos, ao criticarmos o conceito de perícia que estava no Código de 1939, o de 1973 refere-se, expressamente, a "exame, vistoria ou avaliação". Quem avalia faz perícia.

2. Testemunho comum e perícia Se o fato, por exemplo, depende de testemunhas, escapa à perícia. O

testemunho pode corresponder, como antitético, ao conceito de "conhecimento especial de técnico", que o art.

420, parágrafo único, 1, atribui à perícia. Segundo o Código, o que é de juízo comum, ou se refere a fato assistido e tem de ser provado por testemunhas, que são depoentes sobre o pretérito, ou tem de ser observado pelo juiz mesmo. Verdade é, porém, que aqui não disciplinou a inspeção sensorial (ocular, auricular, gustativa, olfativa, táctil, muscular etc.); mas, corrigindo o Código de 1939, o de 1973, art. 420, referiu-se, expressamente, a "exame, vistoria e avaliação". Seja como for, em qualquer caso, é ao art. 130 que se há de recorrer. Lá está autorizada, pela amplitude do preceito, a inspeção sensorial, pela qual o juiz recolhe o que observa, transplantando-se para o lugar em que se acha o objeto da lide, ou que interessa à decisão, ou examinando-o em audiência, ou em diligência especial. Não importa se émóvel ou imóvel a coisa, se é documento, ou coisa no sentido geral, se é ser vivo ou não, homem ou animal. Para isso tem de valer-se, por vezes, do acesso judicial, ou da entrada nos lugares em que se acha a coisa, ou na própria coisa. A faculdade de inspeção compreende a de se documentar sobre ela, ordenando que se tirem fotografias, radiografias, reproduções plásticas e outros expedientes. Então, essa documentação inspectiva só se distingue da documentação pericial em que o perito dá, em laudo, o que deduz ou induz, ao contrário do simples fotógrafo, ou radiografista, ou modelador, a que só se encomendou a fotografia, a radiografia, ou a modelagem, sem lhe conferir, por nomeação (art. 421), a função de perito, que é auxiliar da justiça.

Cumpre observar-se que a falta de inspeção judicial, que criticáramos, foi corrigida. O Código de 1973, nos arts. 440-443, que são novos, deu acertadas soluções, dedicando toda a Seção VIII do Capítulo VI (Das provas) ao assunto.

Já falamos do sentido de técnica, que aí se introduz, sob a nota 1) e sob o art. 423. O texto exaure a necessidade de provar fatos que deixam marcas: ou por testemunhas, quanto ao passado, ao fato mesmo, ou à aparição da marca; ou por inspeção comum e, pois, na espécie, judicial; ou por perícia.

A inspeção pessoal do juiz pode ser cumulada, ou não, com perícia. Se cumulada, é elemento para a apreciação do laudo pelo próprio juiz que deve referi-la com todos os pormenores do que observou para que em superior instáncia se possa levar em conta. E inspeção pessoal, existente por si, quando determinada pelo juiz.

No art. 420 diz-se que a prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação.

O Código Civil, art. 136, VI e VII, ao enumerar as provas, inclui os exames e as vistorias e o arbitramento. Ora, arbitramento é função do arbitrador, não do árbitro (juízo arbitral). Arbitrador é perito; o árbitro, a despeito de não ser completa a sua decisão, éjuiz. O arbitramento concerne à perícia que estima o valor. Quando o Código de Processo Civil, no art. 420, diz que a prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, de modo nenhum errou: avaliação é arbitramento. Concerne à perícia, porque é avaliação: escolhe, arbitra, entre valores. O Código de Processo Civil só se interessa pela perícia judicial, e não pela extrajudicial. Pode ser que a perícia extrajudicial, dita amigável, seja trazida ao processo, como acordo entre as partes. Às vezes foi prova antecipada (arts. 846-85 1) ou adperpeluam rei memoriam.

3.Desnecessidade do conhecimento técnico Se a perícia seria de prova de fato, ou ato, cujo conhecimento para conclusão não depende de técnica, a superfluidade afasta a permissão e o juiz tem de indeferir o pedido. Aliás, tem ele de examinar, no caso, se alguma das espécies do art. 420, parágrafo único, 1, II e III, ocorre, para não cometer o erro de deferir o pedido; afortiori, de nomear, de ofício, o perito.

4.Perícia desnecessária (inútil ou supérflua) Se o juiz entende que a perícia é inútil (cp. art. 130), ou supérflua, ou sem sentido, indefere o requerimento. É a perícia desnecessária, a que se refere o art. 420, parágrafo único, II. Se A tem ação de despejo e requer perícia para responder se o locatário tem noventa anos, é inútil a perícia.

Se, tendo havido a confissão do réu de que deve, por culpa sua, os três meses de aluguel, A requer que o perito verifique se os recibos que foram juntos foram lidos pelo réu que neles deixou as impressões digitais, a fim de provar a mora, é supérflua e pois desnecessária a prova pericial. Se A deseja que o perito lhe responda se a casa fica na rua X e tem janelas, é sem sentido, relativamente à petição e à defesa. A inutilidade, aí, é relativa à prova (“desnecessária em vista de outras provas produzidas”). Também o é se há superfluidade, ou a falta de sentido. Poderiam ser absolutas, por inépcia do requerente, e seria de indeferir-se o requerimento, com maioria de razão.

No art. 130 há a regra jurídica de caber ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias. O art. 420, parágrafo único,

dedicou-se ao indeferimento da perícia, de modo que, além do que se diz no art. 130,0

indeferimento pode fundar-se em não

depender de conhecimento especial de técnico a prova do fato, haver provas que bastem para convencer, ou ser impraticável a perícia. A impraticabilidade é razão mais profunda do que a inutilidade ou protelatividade. Não se diga que o legislador, tendo o Código o art. 130, superfluamente inseriu o art. 420, parágrafo único.

Nas perícias realizáveis no corpo humano, é preciso que o paciente anua em ser examinado. Se não anui, a sua negação não pode convencer o juiz, nem tem a conseqüência de presumir-se o que afirmou a outra parte: passa-lhe, em vez disso, o ônus da prova, salvo se desnecessária a perícia (35 Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 11 de março de 1941, R. F., 87,420).

5. Impraticabilidade da perícia Se o fato não deixou marcas, devido a ser transitório em si e nos seus efeitos e conseqtiências, a perícia não tem objeto. Casos há, porém, em que ao perito se pede exatamente, com o seu valor de especialista de técnico, em sentido estreito que descubra e aponte as marcas, os sinais, os efeitos, que a inteligência eacultura comuns não descobrem. Sobre a impraticabilidade de tal investigação talvez nem o juiz, nem as partes, nem o próprio perito, tenham certeza. De ordinário, àcultura geral mesma do juiz o impraticável da perícia se revela, e deve indeferir o requerimento. Se, acaso, vier a convencer-se de ser executável, ordenará ele mesmo a perícia.

Art. 42l.”~ O juiz nomeará o perito’), fixando de imediato o prazo para a entrega do laudo5).

~ 1 “Incumbe às partes’), dentro de cinco (5) dias, contados da intimação do despacho de nomeação do perito: 1 indicar o assistente técnico’);

II apresentar quesitos4).

s~ 2””~ Quando a natureza do fato o permitir, a perícia poderá consistir apenas na inquirição pelo juiz do perito e dos assistentes, por ocasião da audiência de instrução e julgamento a respeito das coisas que houverem informalmente

examinado ou avaliado6).

219 Redação do caput dada pelo art. 1~ da Lei n0 8.455, de 24.8.92.

220 Redação dada pelo art. jO da Lei n0 8.455, de 24.8.92. A norma anterior, a que se refere o comentário 2 de Pontes de Miranda, mantido para preservar a inteireza da obra, era: "Havendo pluralidade de autores ou de réus, far-se-á a escolha pelo voto da maioria de cada grupO; ocorrendo empate, decidirá a sorte'~.

1. Nomeação do perito O juiz nomeia o perito, quer tenha havido requerimento de alguma, de algumas ou de todas as partes, quer de oficio. A data do despacho é de grande relevância, porque, com a intimação, têm elas cinco dias para a indicação do assistente técnico e para a apresentação dos quesitos. Dentro desse tempo, a parte interessada pode argUir o impedimento ou a suspeição (cf. art. 138, III, e ~ lo). Durante a diligência podem as partes apresentar quesitos suplementares (art. 425).

2. Pluralidade de autores ou de réus22' Quem nomeia o perito é o juiz. Quem indica o assistente técnico é a parte. Autor e réu indicam as pessoas que querem, ou, se chegarem a acordo, um só assistente técnico. Se há pluralidade de autores, têm eles de resolver pelo voto da maioria; se há empate, sorteia-se, com os nomes dos indicados. Dá-se o mesmo se a pluralidade é de réus. Observa-se que se trata de matéria do interesse de todos os autores, ou de todos os réus.

3. Assistente técnico O assistente técnico ou assiste ao juiz (art.145), ou assiste à parte (arts. 421, § V, II, e 424). A nomeação é dentro de cinco dias, contados da intimação do despacho da nomeação do perito (art. 421,

§ l"). O juiz nomeia o perito; a parte nomeia o assistente técnico.

4. Quesitos Quesitos são as perguntas que se fazem aos peritos e aos assistentes técnicos, o que de certo modo delimita a função dos peritos e dos assistentes. Não se pode ir além de fatos que são objeto da causa. As questões são quaestiones facti, e não quaestiones iuris. Daí poder ser conveniente ao juiz a colaboração do assistente técnico (artigo 145), caso em que ao juiz éque fica a indicação dos quesitos. Há quesitos impertinentes, que o juiz há de indeferir (art. 426, 1), e quesitos que ele mesmo formula, mas têm de ser necessários (art. 426,

II). Além dos quesitos que a parte ou as partes formularam, pode haver quesitos suplementares (art. 425).

221 Trata-se de comentário do autor ao primitivo § 2~, substituído, como registrado na nota 220.

Revogada a norma anterior, cada litisconsorte indica o seu próprio assistente técnico, nada obstando, como é óbvio, a que o façam conjuntamente. Em vez de competir os litisconsortes do mesmo pólo à indicação de um único assistente, o legislador da Lei o' 8.455, de 24.8.92, preferiu deixar atuar em sua plenitude o princípio da autonomia litisconsorcial, consagrado no art. 48. O assistente simples ou litisconsorcial (art.s. 50 e 54) também poderá indicar seu próprio assistente, já que exerce os mesmos poderes do assistido (art. 52) e bem assim quaisquer outros terceiros intervenientes. Se se duplica o prazo para a indicação de assistentes técnicos, na hipótese do art. 191, o prazo para apresentação dos seus pareceres permanece o mesmo, de dez dias, previsto no parágrafo único do art. 433, com a redação do art. 10 da Lei o' 8.455, de 24.8.92.

5•2~ Prazo para o laudo O juiz nomeia o perito e fixa o prazo para a entrega do laudo, no próprio ato de nomeação (o prazo para os pareceres dos assistentes técnicos é o do parágrafo único do art. 433). Pode acontecer que, diante do inusitado, ou pela complexidade da perícia, o juiz não tenha condições de estipular o prazo de apresentação do laudo. Nesse caso, nada impede que ouça o perito nomeado e também as partes, deixando para determinar o prazo após a manifestação deles.

Se o juiz nomear mais de um perito porque a prova técnica tem de recair sobre d~ferentes matérias, pode estipular prazo único para todos os peritos, ou permitir que um laudo se apresente após o outro, se um deles puder contribuir para o seguinte e, consequentemente, para a maior utilidade da prova pericial.

A Lei n" 8.455, de 24.8.92, art. 1", acertadamente revogou o caput do art. 433, que ordenava a apresentação do laudo pelo menos dez dias antes da audiência (vejam-se os comentários a esse artigo). O s~ 20 do art. 331, na sua redação atual, explicita o que já era do sistema: o deferimento de perícia, só por si, não obriga o juiz a designar audiência, que se realiza apenas se necessário.

6.223 Dispensa do laudo e pareceres Empenhado na celeridade do processo, o

~S 2”, na redação do art.

1”daLein” 8.455, de 24.8.92, dispensa o laudo e, a fortiori, os pareceres dos assistentes, quando a natureza do fato o permitir. Muitas vezes, basta à instrução a opinião dos técnicos, levada ao juiz de viva voz e tomada por termo, sem que se mostre necessária a elaboração de peça escrita (v. g., o objeto da perícia é a adequação de uma pintura, a segurança de uma obra da sustentação, o estado de uma lavoura, a estimação do preço de mercado de uma coisa).

Nos casos em que a natureza do fato o permitir (ao prudente arbítrio do juiz, que decidirá fundamentadamente, nos termos da segunda parte do art. 165, proferindo ato impugnável por agravo, conforme o art. 522), o juiz, assim declarando, ordena ao perito e assistentes que procedam, informalmente, ao exame ou à avaliação, a fim de lhe apresentarem suas conclusões, na audiência de instrução e julgamento, ou noutra, designada só para esse fim, se aquela for dispensável pela desnecessidade de colheita de prova oral. Sobre os pronunciamentos dos técnicos manifestar-se-ão as partes, oralmente, na própria audiência, ou no prazo que o juiz assinar.

222 Comentários do atualizador.223Comentários do atualizador.

Nada impede que, ouvidas os peritos e assistentes e as ponderações das partes, o juiz decida pela conveniência da apresentação de laudos e pareceres escritos, caso em que fixará prazo para a respectiva apresentação, observando o art. 433, se também designar audiência de instrução e julgamento.

Art. 422 O perito cumprirá escrupulosamente o encargo que lhe foi cometido, independentemente de termo de compromisso3). Os assistentes técnicos são de confiança da parte4), não sujeitos a impedimento ou suspeição5).

1.Intimação do perito e dos assistentes O perito e os assistentes (ou o único assistente, se autor e réu ou autores e réus concordarem na indicação da mesma pessoa) têm de ser intimados a prestar, em dia, hora e lugar designados pelo juiz, o compromisso de cumprir conscienciosamente o encargo que lhes for cometido. Era o antigo juramento. Se o perito, ou o assistente ou algum dos assistentes, sem motivo legítimo, deixa de prestar o compromisso, incide o art. 424, com o parágrafo i.inico.

2. Escusa, impedimento, suspeição ou falta do compromisso O art. 423 trata da recusa, do impedimento e da suspeição; o art. 424, de substituição, pela falta de compromisso.

3225 Aceitação do encargo e dispensa de compromisso Obviamente, o perito deve ser intimado da designação (art. 146, parágrafo único), cabendo-lhe escusar-se, se impedido ou suspeito (art. 423), oupor qualquer outro motivo legítimo (art. 146, caput), como quando lhe faltar a habilitação que o juiz supôs tivesse ao nomeá-lo. O

prazo para essa manifestação é de cinco dias (art. 14t5 parágrafo único), devendo ele também, nesse prazo, apresentar proposta de remuneração, que o juiz estipulará, ouvidas as partes (art. 185), em decisão suscetível de agravo (art. 522).

A reformulação do art. 422 dispensou o compromisso do perito e assistente, que só fazia retardar a prova e a marcha do processo. O dever de cumprir conscienciosa e escrupulosamente o encargo é da substância da função do perito e dos assistentes. Por isso, o compromisso se torna *224 Redação do ast. 1’ da Lei n’ 8.455, de 24.8.92. A norma anterior, a que correspondem os comentários 1 e 2 de Pontes de Miranda, dispunha: “O perito e os assistentes técnicos serão intimados) a prestar, em dia, hora e lugar designados pelo juiz, o compromisso de cumprir conscienciosamente o encargo que lhes for cometido2)”. Vejam-se os comentários ao novo texto, sob os n’a 3 a 5.*

225 Comentários do atualizador.

supérfluo e o legislador andou bem ao dispensá-lo. Nada obsta, contudo, a que o juiz, por escrito ou de viva voz, exorte os técnicos a procederem com toda a diligência e ressalte as singularidades da perícia, determinando que ela focalize um certo aspecto da questão de modo particular.

Sobre recusa do perito, o art. 423.

Assistentes técnicos Diz a lei que os assistentes técnicos são da confiança da parte, que pode, então, indicá-los conforme a sua livre vontade. Esse fato, entretanto, não despoja os assistentes da condição de órgáos jurisdicionais auxiliares, nem os alivia da obrigação de expor os fatos conforme a verdade,

contribuindo para a apropriada instrução do feito, nem os faz imunes à responsabilidade civil ou penal, resultante da sua má conduta.

Desimpedimento e insuspeição Enquanto o perito pode ser recusado por impedimento ou suspeição (art. 423), não no podem os assistentes técnicos.

De confiança da parte, o assistente pode ser qualquer das pessoas referidas nos arts. 134 ou 135, sem que caiba questionar a sua imparcialidade. Não se confundam, entretanto, desimpedimento e insuspeição com incapacidade. Não se admite que os civilmente incapazes funcionem como assistentes técnicos. Pode o juiz determinar à parte a substituição do assistente, em casos especialíssimos (v.g., é inimigo figadal do assistente indicado e isso perturbará a avaliação do parecer por ele oferecido).

O juiz apreciará os pareceres dos assistentes, à luz do art. 131, nada impedindo que opte por eles, em detrimento do laudo do perito, ainda quando oferecidos por pessoas vinculadas à parte nomeante.

Art. 423.228 O perito1) pode escusar-se (art. 146), ou ser recusado por impedimento ou suspeição (art. 138, III); ao aceitar a escusa ou julgar procedente a impugnação, oj uiz nomeará novo perito2).

1. Escusa e recusa o perito ou o assistente técnico229 pode escusar-se, mas tem de alegar motivo legítimo (art.

146). Pode ser recusado por

226 Comentários do atualizador.227Comentários do atualizador.228Redação do art. 1’ da Lei n’

8.455, de 24.8.92, que derrogou o texto anterior para excluir a frase‘ou o assistente técnico”, após a palavra pento, para suprimir a combinação “ao” antes de julgar,e para eliminar a oração “e a parte poderá indicar outro assistente técnico” depois de novo perito.229Vd.anota228.

impedimento, assunto dos arts. 138, III, e 134, ou por suspeição, arts. 138, III, e 135.

2. Ato judicial O juiz tem de apreciar o fundamento da escusa, ou do

impedimento ou suspeição, que a parte interessada arguiu. O incidente é processado em separado, sem qualquer suspensão do processo, e pode o juiz exigir a prova, quando necessária. As partes têm de recusar, com fundamentação, logo que sejam intimadas do despacho de nomeação ou da ciência da escolha do assistente técnico23t (cf. art. 138, § lo).

Art. 424. O perito pode ser substituído2) quando:

1 carecer de conhecimento técnico ou científico;

II sem motivo legítimo, deixar de cumprir o encargo') no prazo que lhe foi assinado4).

Parágrafo único. No caso previsto no inciso II, o juiz comunicará a ocorrência à corporação profissional respectiva, podendo ainda impor multa') ao perito, fixada tendo em vista o valor da causa e o possível prejuízo decorrente do atraso no processo4).

1. Substituição do perito ou de algum ou de alguns dos assistentes técnicos No caso de escusa do perito ou do assistente técnico, não há substituição, porque ainda não prestou o compromisso, não se integrou na função processual. Substituição há, se houve o compromisso e o perito ou algum assistente técnico foi julgado impedido ou suspeito. O art. 424, 1, aponta outro caso de substituição, que é o de o perito ou o assistente não ter conhecimento técnico ou científico para a função. No caso do art. 424, II, não há propriamente substituição, porque o perito ou assistente não prestou o compromisso, o que corresponde a escusa sem motivo legítimo. A multa é à pessoa que se furtou a prestar o serviço público.

2. Suscitamento da substituição Qualquer das partes pode alegar a falta de conhecimento técnico ou científico do perito ou do assistente,

230 Vd. a nota 228.

231 Redação dadapelo art. 1" daLei n' 8.455, de 24.8.92, que alterou o caputparasuprimir a expressão "ou assistente", após a palavra perito; o inciso II, que rezava "sem motivo legítimo deixar de prestar compromisso", e o parágrafo único, que dispunha: "No caso previsto no n' II, o juiz impor-lhe-á

multa de valor não superior a um (1) salário minimo vigente na sede do juízo”.

232 Comentário do autor à redação anterior do capul, devendo-se desconsiderarem as alusóes ao assistente técnico (vd. a nota 231).

233 Vd.asnotas232e23l.

mesmo se só após o compromisso veio a saber de tal deficiência. Pode ser que uma parte indique o assistente técnico, ou todas indiquem, ou ser sorteado o assistente, e ter-se depois a informação de que não tem qualidades de técnico ou de cientista, que bastem à missão que se lhe atribuiu.

3. Dever de exercer a função pericial A discussão que continua em sistemas jurídicos estrangeiros, sobre existir ou não dever de exercer o perito a sua função, quer como colaborador das partes quer do juiz, é sem pertinência no sistema jurídico brasileiro, a despeito de atitudes como a de José Antônio de Almeida Amazonas (Do Arbitramento, 88), e a de J. M. de Carvalho Santos (Código de Processo Civil interpretado, II, 209). O dever está explícito no Código, pois há tal dever mesmo antes de prestar o compromisso. Substitui-se o nomeado que, sem motivo legitimo, deixa de prestar compromisso (art. 424, II), caso em que há a multa prevista no art. 424, parágrafo único. O art. 423 diz quando o perito (art. 146: motivo legítimo) ou o assistente técnico pode escusar-se ou ser escusado (impedimento ou suspeição, art. 136, III). O art. 146 foi claro: “o perito tem o dever de cumprir o ofício”. “Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade” (art. 339). Os motivos de impedimento ou de suspeição, apontados nos arts. 134-138, atingem o perito e o assistente técnico (art. 138, III). Há, ainda, o art. 147.

4.Descumprimento do encargo e sanções Conforme a redação queo art. 1”da lei nº8.455, de 24.8.92, que reformulou as normas relativas à prova pericial, deu ao inciso II, o perito pode ser substituído quando, sem motivo legítimo, deixar de cumprir o encargo no prazo que lhe assinou o juiz (art. 421). Entende-se por motivo legítimo qualquer fato impermeável ao empenho do perito em cumprir tempestivamente a sua função, como as dificuldades de toda ordem que ele pode encontrar no exercício dela e que o juiz apreciará casuisticamente.

Sobre a prorrogação do prazo, o art. 432.

Não ocorrendo motivo legítimo, justificado, para o descumprimento do prazo, o juiz, de oficio ou a requerimento, destitui o perito, designando outro. Todavia, o juiz não se encontra impedido de deferir ao próprio perito em atraso um prazo suplementar, quando isso se revelar mais propício àceleridade do processo.

234 Vd.asnotas232e23í.235Vd. as notas 232 e 231 e o art. 422.236Comentários do atualizador.

Ao destituir o perito desidioso, o juiz comunicará o fato à corporação profissional a que ele pertencer (obviamente, se integrar alguma, como os conselhos de medicina, engenharia, arquitetural, ou a OAB), sem que possa determinar qualquer atitude por parte de tal corporação.

O parágrafo único obriga o juiz a fazer a comunicação (“o juiz comunicará”) e lhe faculta impor multa ao perito, tendo em vista o valor da causa e o possível prejuízo decorrente do atraso do processo. Essa multa, estipulada em consideração ao valor da causa~ só cabe havendo prejuízo e reverte em favor da parte ou partes prejudicadas, na proporção do dano. Pode o perito agravar da decisão de imposição dela porque, con quanto não seja parte, se torna terceiro prejudicado (art. 499 e ~ 1”).

Não se aplicam as sanções do parágrafo único aos assistentes técnicos. Simplesmente preclui a faculdade de apresentação dos seus pareceres, se não oferecidos no prazo do parágrafo único do art. 433.

Art. 425. Poderão as partes apresentar, durante a diligência, quesitos suplementares’). Da juntada dos quesitos aos autos dará o escrivão ciência à parte contrário).

1. Quesitos suplementares Quesitos suplementares são quesitos que se fazem a mais, que suprem, que fazem esclarecerem-se os que foram feitos ou os ampliam, dentro do mesmo objeto da perícia ou da assistência técnica ou científica. Não podem ser fora do campo da pesquisa ou da informação, que se teve por fito com a perícia ou com a assistência. Por isso mesmo, se são impertinentes, ao juiz compete indeferir o pedido da inserção dos quesitos.

2.Apresentação e juntada Na apresentação dos quesitos está implícito o pedido que faz o apresentante; razão por que o juiz pode deferi-lo ou indeferi-lo.

Quando se fala de deferimento, ou de indeferimento de quesitos, havemos de entender que se defere ou se indefere o pedido de inserção dos quesitos, sejam básicos ou sejam suplementares.

A apresentação tem se ser durante a diligência, mesmo se no último dia em que ela teria de terminar.

O fato da juntada dos quesitos tem de ser levado ao conhecimento da parte contrária, ou das partes contrárias, mas tal comunicação há de conter a cópia integral dos quesitos.

Art. 426. Compete ao juiz:

1 indeferir quesitos impertinentes’);

II formular os que entender necessários ao esclarecimento da causa2).

1. Quesitos impertinentes Quesitos impertinentes são os quesitos que não pertencem ao objeto da pesquisa ou da informação, estranhos ao assunto, importunos, perturbantes. Tem o juiz de indeferir o pedido de inclusão.

2. Quesitos do juiz Compreende-se que tenha o juiz o dever . não só a faculdade de, após ler a petição inicial ou a contestação, introduzir nos dados para a eficiência probatória da diligência quesitos que lhe pareçam necessários ao esclarecimento da causa. Pode ocorrer que o juiz haja indeferido o pedido de quesitos, por considerá-los impertinentes, mas, depois, com a juntada de algum ou de alguns documentos, reconsiderar a sua atitude, explicando o que ocorreu e fazendo seus e não só da parte os quesitos iniciais ou suplementares que ela apresentara. Por exemplo: foi indeferido o pedido de exame para se saber se B era o pai de D, e não aquela pessoa, C, contra quem D propusera a ação de investigação da paternidade; C apresentara quesitos relativos a B, que o juiz reputou impertinentes, mas, dias depois, C, que viveu posteriormente ao nascimento de D, pede juntada da correspondência entre B e a mãe de D.

Art. 427.O juiz poderá dispensar prova pericial1) quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem sobre as questões de fato pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes3).

Art. 428. Quando a prova tiver de realizar-se por carta2), poderá proceder-se à

nomeação de perito e indicação de assistentes técnicos no juízo, ao qual se requisitar a perícia.

1. Diligência O legislador levou em consideração o tempo necessário à perícia, qualquer que ela seja. Daí ter frisado que o juiz fixará por despacho o dia, a hora e o lugar em que se inicia a diligência, sob sua “dire238

Redação dada pelo art. 10 da Lei n0 8.455, de 24.8.92. A norma anterior, objeto do comentário 1, mantido para deixar intocada esta obra, dispunha: “O juiz, sob cuja direção e autoridade se realizará a perícia, fixará 1), por despacho: i o dia, hora e lugar em que terá inicio a diligência; II o prazo para a entrega do laudo”.

Vejam-se, sob o n0 3, os comentários ao novo texto do artigo, redigidos pelo atualizador.

239 Comentários ao texto revogado (vd. a nota 238).

autoridade”, e o prazo para a entrega do laudo, que tem de ser quando se ultimar a perícia e, com o tempo suficiente para a feitura do laudo, a entrega em cartório, A apresentação tem de ser, conforme o art. 433, pelo menos dez dias antes da audiência de instrução e julgamento..

2. Carta precatória, carta de ordem e carta rogatória Obviamente, se a perícia há de ser alhures, a nomeação de perito e a indicação de assistentes técnicos tem de ser, de regra, no juiz deprecado, ordenado ou rogado.

Todavia, pode ocorrer que precisem ir ao local da perícia perito e assistente técnico, ou perito e assistentes técnicos, ou só perito, ou só assistente, que tem de ser escolhido no juízo deprecante, ordenante ou rogante.

Em se tratando de carta rogatória, seria preciso que a legislação estrangeira, a do Estado rogado, permitisse a nomeação pelo juiz brasileiro e a indicação de técnicos que têm função no Brasil, para que a carta rogatória disso se prevalecesse. Aliás, o art. 428 redigiu a regra jurídica em ius dispositivum (“poderá”).

A carta há de satisfazer as exigências do art. 202, § § 10 e 20.

Dispensa do laudo A nova redação do art. 427 revela, tanto quanto o § 20 do art.

421, o empenho do legislador na efetividade do processo, que também se alcança pela celeridade e utilidade dos atos processuais.

Só se realiza a prova pericial se ela se mostrar necessária à justa composição da lide, ou, na jurisdição voluntária, à adequada tutela dos relevantes interesses sociais em causa. Deve o juiz dispensar essa prova, demorada e onerosa, nos casos em que ela se revelar dispensável.

Se as partes, na inicial e na contestação (ou em qualquer outro momento, e não apenas naquelas oportunidades) apresentarem, sobre as questões de fato, pareceres técnicos, ou documentos, que reputarem suficientes para elucidar questões que, sem eles, demandariam perícia, pode o juiz dispensar a prova pericial porque, at? já terá encontrado os subsídios de que necessita para o julgamento. A norma do artigo é compatível com os arts. 130 e 131. Nada impede mesmo que o juiz solicite esclarecimentos suplementares dos pareceristas, ou determine a apresentação de outros documentos, além dos oferecidos, tudo para desempenhar convenientemente o seu mister. Se, dispensada a prova pericial, ela, mais tarde, se mostrar necessária, poderá ojuiz deferi-la (v.g., depoimentos colhidos na audiência geraram perplexidade quanto ao que, anteriormente, parecera bem elucidado), assim como o tribunal, convertendo em diligência o julgamento do recurso.

O artigo fala em questões de fato. Quanto às de direito, incide o princípio iura novit curia, que, contudo, não proibe as partes de virem em socorro dos órgáos jurisdicionais, nada oniscientes, acudindo-os com pareceres jurídicos, muitas vezes opulentos subsídios para julgar.

Um dos graves problemas da jurisdição estatal é a imposição, que as circunstâncias fazem aos juizes, de se familiarizarem com questões de variada natureza. A distribuição de competência em razão da matéria remedeia mas não resolve a dificuldade, que as partes podem minorar, oferecendo ao juiz os melhores subsídios possíveis.

Dentre as vantagens do juízo arbitral, de que o direito positivo brasileiro, pela forma como o regula, se mostra inimigo de morte, está o fato de que a causa é submetida a especialistas, afeitos aos problemas nela versados epor isso mais habilitados a decidir com propriedade.

Art. 429. Para o desempenho de suafunção, podem o perito e os assistentes técnicos utilizar-se de todos os meios necessários’), ouvindo testemunhas2), obtendo informações, solicitando documentos que estejam em poder de parte ou em repartições públicas, bem como instruir o laudo4) com plantas, desenhos, fotografias e outras quaisquer peças3).

1. Realização dos exames e concIusi~es Os peritos, nos exames e conclusões, procedem com liberdade. Sem liberdade de pesquisa e de pensamento não se pode acertar, ou se acerta por acaso; sem a liberdade de expressão dos enunciados de fato e das induções ou deduções contidas no laudo, faltariam a esse os pressupostos de transmissibilidade que servem àformação de convicção do juiz. Por isso mesmo, o laudo tem de ser fundamentado, para que, obra do espírito livre, seja recebida pelo espírito livre dos outros, um dos quais é o juiz, que se quer persuadir. Como o objeto da perícia está, de regra, presente, mas às vezes se refere a fato que passou, é possível que o perito precise de provas indiretas desse pretérito, ainda quando se trate de fatos intercalares entre o fato determinador da ação (e.g., a invasão das águas que o réu soltou) e os sinais ainda presentes.

2. Testemunhas, elemento informativo da perícia Se de algum fato, ou estado pretérito, precisa o perito para chegar às respostas aos

quesitos, o caminho é a informação testemunhal, testemunhas informadoras, que as partes podem ter sugerido, ou podem ter sido sugeridas pelo juiz, ou encontradas pelo perito. Ao perito mesmo é dado requerer-lhes a intimação; e a respeito delas procede o juiz como a respeito de quaisquer outras, determinando, porém, que deponham antes do laudo, ou apenas sejam ouvidas pelo perito. Também é lícito ao perito ouvi-las sem forma de juízo, dando de tudo, no laudo, notícia circunstanciada.

3. Outros elementos informativos As outras fontes de informação: documentos, fotografias de momentos anteriores ou do tempo da perícia, verificações produzidas por técnicos de algum pormenor do exame, informes das partes, peças constantes dos autos, exames noutros processos sobre o mesmo objeto ou sobre objeto semelhante, etc.

No Decreto-Lei n0 3.365, de 21 de junho de 1941 (sobre desapropriaçáo) disse o art. 23, § lo: “O perito poderá requisitar das autoridades públicas os

esclarecimentos ou documentos que se tornarem necessários à elaboração do laudo, e deverá indicar nele, entre outras circunstâncias atendíveis para a fixação da indenização, as enumeradas no art. 27. Ser-lhe-ão abonadas, como custas, as despesas com certidões e, a arbítrio do juiz, as de Outros documentos que juntar ao laudo."

4. Redação do laudo O laudo do perito deve ser redigido em termos de observação (enunciados de fato), seguidos da razão empírica ou experimental que tem para cada proposição que escrever, e de respostas, adaptando o resultado do que observou, experimentou, induziu e deduziu ao que lhe perguntaram as panes e o juiz. De todos os informes tópicos cabe-lhe dar a descrição nítida, exata; de todos os informes extratópicos, notícia circunstanciada, inclusive de como encontrou e como deixou o objeto da pesquisa, se essa, ou fato estranho a ela, lhe alterou, no intervalo, a aparência e o estado real.

A exigência da fundamentação abrange todos os laudos (e.g., os de honorários médicos, 3~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 31 de janeiro de 1941, R. F., 86, 379; ou de perícia em construção; os de lesão física ou moral).

Art. 43O' O perito e os assistentes técnicos, depois de averiguação individual ou em conjunto, conferenciarão reservadamente e, havendo acordo, lavrarão laudo unânime').

Parágrafo único. O laudo será escrito pelo perito e assinado por ele e pelos assistentes técnicos.

Art.431 Se houver divergência entre o perito e os assistentes técnicos, cada qual escreverá o laudo em separado, dando as razões em que se funda?). (Dispositivos ab-rogados).

1. Perícia e assistência técnica Os peritos e os assistentes podem exercer as suas funções conjuntamente ou separadamente; isto é, ou sempre em conjunto, ou cada um de per si, ou ora em conjunto ora em separado. Não há exigência legal. De ordinário, o perito pede a assistência técnica contínua e em conjunto; às vezes, só em certas circunstâncias. De qualquer modo, tem de haver a coniunicação das opiniões, as perguntas e respostas, a conferência. A lei exige a reserva, o que afasta perturbações de causa exterior e criticas aos trabalhos. Após

a diligência, vem a feitura do laudo.

2. Unanimidade e divergência O laudo ou é unânime, ou perito lavra e assina o seu e o assistente técnico ou científico lavra e assina o seu. Pode dar-se que haja pluralidade de assistentes técnicos e científicos, sem divergência entre eles, ou com divergência, o que dá ensejo a dois ou mais laudos lavrados e assinados pelos assistentes; ou ser diferente a matéria de cada função assistencial, o que obriga à diferença de laudos.

Pergunta-se: se, no caso de divergência entre perito e assistente técnico, a despeito do texto do art. 431, ~pode o divergente, se o ponto ésem grande relevância, assinar o laudo, pondo apenas, antes da sua assinatura, a restrição que faz, com todo o esclarecimento necessário? Deve-se evitar tal atitude. Melhor é que se escreva o laudo em separado, dando o divergente as razões em que se funda.

Art. 432. Se o perito, por motivo justificado2), não puder apresentar o laudo dentro do prazo, o juiz conceder-lhe-á, por uma vez, prorrogação4), segundo o seu prudente arbítrio').

Parágrafo único?~ O prazo para os assistentes técnicos será o mesmo do perito.

242

Norma revogada pelo art. 30 da Lei n0 8.455, de 24. 8.92 (vd. a nota 243).

243

Embora totalmente revogados os artigos 430 e 431, foram eles mantidos nesta edição com os respectivos comentários, atendendo-se o propósito, tantas vezes anunciado, de não se mutilar a grandiosa obra de Pontes de Miranda, de cujas liçóes sempre se extraem valiosos ensinamentos, ainda quando relativas a normas não mais vigentes.

244

Eliminado este parágrafo único pelo art. 30 da Lei n0 8.455, de 24.8.92, que não o substituiu por outro.

Art. 433 O perito apresentará o laudo em cartório, no prazo fixado pelo juiz, pelo menos vinte dias antes da audiência de instrução e julgamento6).

Parágrafo único.2~ Os assistentes técnicos3)5) oferecerão seus pareceres no prazo comum de dez dias após a apresentação do laudo, independentemente de intimação7).

1. Apresentação do laudo Apresentação do laudo e diligência da perícia (art. 427, 1 e II) são dois momentos diferentes, uno aquele, e esse, necessariamente anterior, uno (num só dia, em horas consecutivas) ou múltiplo (em dois ou mals dias, ou horas). A respeito, nota ao art. 421. No despacho de nomeação, o juiz determinará os exames, que se realizarão no dia marcado para o início da diligencia, ou nas horas marcadas, até que terminem, e o prazo passa à outorga do laudo. Naturalmente, para que o laudo seja apresentado em cartório dez dias antes da audiência, o dia marcado tem de ser anterior a esses dez dias.248

No despacho saneador, o juiz, deferindo a realização do exame pericial, nomeia o perito e faculta às partes a indicação dos respectivos assistentes técnicos (art. 331,1), e designa a audiência de instrução ejulgamento (art.

331, II). Desde logo ou noutro despacho, após a apresentação dos quesitos (arts. 421 e 426), fixa o prazo para a entrega do laudo (art. 427, II). Tem o juiz de atender às dificuldades e à natureza da perícia na determinação do prazo para a entrega do laudo e da data da audiência.249

2. Motivo justificado para se prorrogar o prazo da apresentação Motivo justificado, apreciado pelo juiz, suscetível, até, de ser sabido somente pelo perito e por ele, e não força maior. A força maior obstaria àapresentação. Para apresentá-lo fora do prazo, basta o motivo justificado.

245 Redação do art. 10 da Lei n0 8.455, de 24.8.92. Anteriormente, dispunha o capur: "O perito e os assistentes técnicos apresentarão o laudo em cartório pelo menos dez (10) dias antes da audiência de instrução e julgamento." Sobre o novo texto, o comentário 6, diante.

246 Redação do art. 1" da Lei n0 8.455, de 24.8.92. Eis o texto anterior do parágrafo, objeto dos comentarios 3 e 5 de Pontes de Miranda: "Se o assistente técnico deixar de apresentar o laudo dentro do prazo5) assinado pelo juiz ou até

dez (10) dias antes da audiência, esta realizar-se-

áindependentemente dele. Se remisso for o perito nomeado pelo juiz, este o substituirá, impondo-lhe multa, que não excederá dez (10) vezes o salário mínimo vigente na sede do juízo3)". Sobre o novo parágrafo, o comentário 7, diante.

247 O juiz já não marca dia para início da diligência, que ocorrerá no curso do prazo assinado para a apresentação do laudo (art. 421).

248 Referência ao texto anterior do artigo (vd. a nota 245).

249 Este parágrafo considerou normas revogadas, inclusive as do art. 331, 1 e II, dispositivo a que o art. 1" da Lei n0 8.952, de 13.12.94, deu nova redação.

Um deles é a superabundância de quesitos suplementares. Outro, algum acidente na realização da diligência.

Outro, ordem do juiz para que só se apresente à audiência por ser conveniente ocultarem-se até então certos quesitos ou certas respostas.

Quanto à prorrogação do prazo para apresentação do laudo, não pode ser concedida mais de uma vez. O

assistente técnico ou os assistentes tecaicos têm o beneficio da prorrogação deferida ao perito (art. 432, parágrafo único).250

3. Substituição do perito O juiz substituirá o perito, salvo: a) se, antes da audiência, juiz e partes, informados, pelo perito, de fato posterior ao laudo, ou já a tempo de não se poder realizar a diligência suplementar, se houve acordado em adiar a audiência; ou b) em caso de força maior transindividual (art. 265, V) ou individual (art.

183). O perito está sujeito àpena do art. 433, parágrafo Único.2St 4. Adiamento do debate e do julgamento Se o perito não apresentar o laudo dentro do prazo, j,têm de ser, sem exceção possível, adiados o debate e o julgamento? Não; se as partes se acordarem sobre o não-adiamento e o juiz deferir-lhes o pedido, o que se há de entender é que o perito foi remisso e que incide o art. 433, parágrafo único, 20 parte.252 Aliás, no caso de já ser desnecessário, pode o juiz dispensá-

lo (art. 420, parágrafo único, II) e, pois, deixar de adiar a audiência.

O art. 432 cogita das espécies em que houve o motivo justificado.

A entrega do laudo com atraso, mas a tempo de nele se fundar a decisão, ou desprezá-lo, se houve julgamento, não é causa de nulidade da sentença (30 Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Justiça de São Paulo, 9 de novembro de 1951, R. dos T., 197, 166), devendo-se entender, com a admissão dele pelo juiz, que esse encontrou motivo justificado para a demora. Todavia, o laudo apresentado entre o encerramento da audiência e o proferimento, noutro dia, da sentença, não é laudo apresentado a tempo de prorrogação, nem de acolhimento excepcional. Se o laudo for apresentado sem que se considere satisfatório, devido, por exemplo, a não terem sido respondidos os quesitos, é como se não tivesse sido apresentado. Idem, se não foi fundamentado. Em qualquer dessas espécies, há a nomeação de outro perito ou assistente (cf. já no direito anterior, art. 424; Turma Julgadora

250 Aliter, a nova redação do parágrafo único do art. 433 (vd. a nota 246 e o comentário 7).

251 Referência ao texto revogado (vd. a nota 246).

252 Vd.anota25l.

do Tribunal de Justiça de Alagoas, 28 de abril de 1950, R. dei. B., 88, 82). Sobre o laudo não-fundamentado, certa a ~a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 29 de abril de 1948 (R. dos T., 181, 383). Se fica provado que o obstáculo à apresentação foi por parte do assistente, ou da parte contrária, deve o juiz adiar a audiência por ser justificado o motivo (2~ Câmara do Tribunal de Alçada de São Paulo, 12 de dezembro de 1951, R. dos T., 197, 382).

Se o perito morre, ou renuncia ao cargo, ou se dá por impedido, cabe, não por analogia, mas por interpretação estrita, invocar-se o art. 423, pois o laudo não pode ser apresentado no prazo fixado (sem razão, ao tempo do Código de 1939, a ia Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 7 de fevereiro de 1950, R. dos T., 186, 125, que não permitiu a nomeação nova).

A audiência pode ser adiada por convenção das partes (art. 453, 1). Mas há o

dever do perito de entregar o laudo antes de dez dias para a data da audiência de instrução ejulgamento (~ 433)253 Se o laudo foi apresentado dentro do prazo, de modo nenhum se há de pensar em infração do art. 433, porque houve erro da própria Justiça, por não ter atendido a que o prazo para entrega não pode ir além de data que não seja a de pelo menos dez dias antes da audiência de instrução e julgamento.254 Não há nulidade cominada da sentença (art. 244). Se o juiz havia fixado o prazo para a entrega do laudo e a data para a audiência não prorrogara aquele prazo e não adaptara àprorrogação a data para a audiência, o erro foi judiciário.

5. Prazo para a apresentação255 O art. 433, parágrafo único, cogita da falta de apresentação do laudo pelo perito, ou pelo assistente. Ao falar do assistente, previu o caso de o laudo não ter sido apresentado no prazo assinado pelo juiz "ou até dez dias antes da audiência", para estabelecer que, a despeito disso, ela se realizaria. Depois, no caso de o perito ser omisso, tem de ser adiada a audiência, se não puder ser feita (entenda-se) a perícia nos dias restantes pelo novo perito que for nomeado. O perito é multado, mas a multa não pode ser mais que dez vezes o salário mínimo fixado para a comarca do juiz.

6. Apresentação do laudo Na atual redação, o ~ 20 do art. 331 deixou muito claro o que já estava no Código: o simples deferimento da 253Vd. o comentário 6.254Vd. o comentário 6.255Comentário ao texto revogado (vd. a nota 245 e o comentário 6).256Comentários do atualizador.

prova pericial não torna inevitável a realização da audiência, que o juiz só designará se se fizer necessário, isto é, se deferida aprova oral. Desnecessária a audiência, o juiz ordena a manifestação das partes sobre o laudo e pareceres e julga sem delongas.

O prazo para apresentação do laudo é o que o juiz fixa ao nomear o perito (art. 421) e deve ser cumprido, ainda que chegue a termo aquém dos vinte dias anteriores à audiência.

A norma do caput do artigo agora comentado tem por destinatário o juiz, que, já designada a audiência, haverá de assinar, para a entrega do laudo, prazo que termine pelo menos vinte dias antes dela. Prende-se a regra do art.

433 ao fato de que deve haver tempo para o oferecimento dos pareceres dos

assistentes, nos dez dias seguintes à apresenta çao do laudo, e para que as partes examinem o resultado da prova pericial e adotem as providências cabíveis, inclusive solicitando esclarecimentos (art. 435).

7~2~ Entrega dos pareceres A lei distinguiu o trabalho do perito do apresentado pelos assistentes técnicos, chamando laudo ao primeiro e pareceres ao último. Laudo, aliás, é a primeira pessoa do presente do indicativo de laudare, louvar, aprovar, significando “eu aprovo “. Daí se chamar também louvado o perito (minha Introdução ao Processo Civil, 2’~ ed., Forense, Rio, 1996, p. 118).

Os assistentes técnicos de todas as partes apresentam seus pareceres nos dez dias seguintes à entrega do laudo, independentemente de intimação, diz o parágrafo, impondo ao assistente, ou ao advogado do nomeante o dever de vigilância. O prazo é comum e peremptório. Não se duplica, ainda quando haja mais de um assistente, indicado por pessoas do mesmo ou de outro pólo da relação processual.

Não oferecido o parecer do assistente técnico no decêndio da lei, preclui a faculdade de apresentação do trabalho, sem qualquer outra sanção. Entretanto, o art. 183 é invocável.

Art. 434 Quando o exame tiver por objeto a autenticidade ou afalsidade de documento’), ou for de natureza médico-legal2), o perito será escolhido, de preferência, entre os técnicos

257 Comentários do atualizador.

258 Redação do caput dada pelo art. lodaLei n0 8.952, de 13.12.94, que apenas alterou atiltima parte

do segundo período (“O juiz autorizará a remessa dos autos, bem como do material sujeito a

exame, ao estabelecimento, perante cujo diretor o perito prestará o compromisso”) já que abolido

o compromisso pela nova redação do art. 422.

dos estabelecimentos oficiais especializados. O juiz autorizará a remessa dos

autos, bem como do material sujeito a exame ao diretor do estabelecimento.

Parágrafo único. Quando o exame tiver por objeto a autenticidade da letra efirma'), o perito poderá requisitar, para efeito de comparação, documentos existentes em repartições públicas; na falta destes, poderá requerer ao juiz que a pessoa, a quem se atribuir a autoria do documento, lance em folha de papel, por cópia, ou sob ditado, dizeres diferentes, para fins de comparaçaO.

1. Autenticidade ou falsidade do documento Se o documento que se diz falso, no todo ou em parte, ou no todo ou em parte falsificado, ou mesmo se é de exigir-se declaração de autenticidade, temo juiz de escolher, para perito, técnico de estabelecimento oficiais especializados; mas pode ocorrer que fora deles outro ou outros existam que mereçam maior confiança do juiz. A lei apenas estatui que o juiz escolha, "de preferência", entre os técnicos dos estabelecimento oficiais especializados. Diz-se, depois, que o juiz autorizará a remessa dos autos ao estabelecimento perante cujo diretor o perito prestará o compromisso.259 Entenda-se que tal remessa só é necessária se a perícia tem de ser no estabelecimento. Quanto ao compromisso, se a perícia é feita no estabelecimento, perante o diretor presta o perito, nomeado pelo juiz, o compromisso. Se no juízo, o compromisso tanto pode ser perante o diretor do estabelecimento como perante o Juiz. Os prazos para esse ato são os mesmos dos arts. 424, II, e 433.

2. Exames médico-legais Nos casos de perícia médico-legal, tem o juiz de escolher, "de preferência" (não cogentemente), técnicos de estabelecimentos oficiais especializados. Se se trata de material suscetível de exame no estabelecimento oficial, remete-o o juiz para a diligência e para o diretor do estabelecimento. A regra jurídica do art. 434, r parte, como a do art. 434, ia parte, é de ius dispositivum. Nada impede que o juiz prefira técnico médico-legal que não faça parte do estabelecimento oficial especializado.

3. Autenticidade de letra ou firma Se o que tem de estar em exame é a letra ou a assinatura, para se saber se é autêntica, pode o perito requisitar, para comparação, documentos existentes em repartições públicas, se delas

259 Referência ao texto anterior do capul (vd. a nota 258).

260 Referência ao compromisso não mais exigido (vd. a nota 258).

podem sair, conforme a natureza dos documentos e as leis. Se não podem ser retirados, o perito pode ir examiná-los nas repartição pública. Se não há documento em repartição pública que possa ser examinado, o perito pode requerer ao juiz a comunicação à pessoa, a quem se atribui a autoria, para que lance em folha de papel, conforme o que se lhe mostrou em escrito, ou conforme o que se lhe ditar, diferentes dizeres para fins de comparaçao . Se se trata de assinatura, claro é que se lhe exige que lance a assinatura no papel que se lhe apresenta, com algo sob o que o há de fazer, para não se criar documento em branco com assinatura.

Art. 435. A parte, que desejar esclarecimento do perito e do assistente técnico, requererá ao juiz que mande intimá-lo a comparecer à audiência, formulando desde logo as perguntas, sob forma de quesitos').

Parágrafo único. O perito e o assistente técnico só estarão obrigados a prestar os esclarecimentos a que se refere este artigo quando intimados cinco (5) dias antes da audiência').

i. Esclarecimentos prestados pelo perito e pelo assistente técnico A parte que desejar esclarecimentos prestados pelo perito ou pelo assistente técnico ou pelos assistentes técnicos tem de requerê-lo ao juiz, com as perguntas já formuladas, como se fossem novos quesitos. Tem de ser intimado o perito, ou o assistente, a comparecer à audiência. A intimação tem de ser cinco dias antes da audiência.

O art. 435 e o parágrafo único só se referiram à parte; não, ao juiz. Seria absurdo interpretarem-Se os textos legais como se não permitisse ao juiz perguntas aos peritos e aos assistentes técnicos. É ao juiz que cabe deferir ou não o requerimento da parte para fazer as perguntas e pode até determinar, de oficio, a realização da nova perícia, quando a matéria não lhe parece suficientemente esclarecida (art. 437). Quem pode o mais pode o menos: em vez de exigir nova perícia, pode ser que sejam bastantes as respostas ou mesmo uma resposta do perito ou do assistente técnico. 1-lá sempre a intimação a comparecer à audiência.

2. Prazo para exame das perguntas~Alei acertadamente estabeleceu que o perito ou o assistente técnico só está obrigado a prestar os esclarecimentos se a intimação foi feita cinco dias antes da audiência,26' salvo, porém, se o

261 Entenda-se, porém, que o perito e assistentes não se podem eximir de explicar seus laudos e pareceres, respondendo, no ato, perguntas do juiz e das partes, destinadas ao esclarecimento do que ficou dito nas peças escritas. Não fosse assim, o comparecimento pessoal dos técnicos perderia muito da sua finalidade.

retardamento da intimação foi devido a ausência do perito ou do assistente. Tal caso é apenas um exemplo (cf.

arts. 183 e §~ l" e 2", 265, 1 e V).

Art. 436. O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos').

Art. 437. O juiz poderá determinar2), de offcio ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia, quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida.

1. Princípio da não-adstrição ao laudo; nova perícia A atitude do juiz, diante do laudo e do exame das outras provas, pode ser: a) a de não aceitar todas as conclusões do laudo, desprezando-o e determinando nova perícia; b) a de não aceita?r todas as conclusões, desprezando-o e ao mesmo tempo tendo por inútil ou supérflua ("desnecessária") qualquer nova perícia; c) a de aceitar somente parte do laudo, e determinar nova perícia sobre a parte repelida; d) a de aceitar somente parte do laudo, e reputar desnecessária qualquer nova perícia; e) em qualquer dos casos b) e d), o fundamento da recusa pode também ser a impraticabilidade ao tempo da apreciação do juiz (art. 420, parágrafo único, III); f) ordenar nova perícia, para aproveitar, ou não, o que consta do laudo apresentado. Em todas essas espécies, o juiz não fica adstrito ao laudo, em tempo algum, pois a sua livre apreciação só se exaure com a sentença. Nada obsta a que, tendo determinado segundo laudo, se valha do primeiro, que antes não o convencera, mas dados posteriores reforçaram. O art. 439, parágrafo único, estabelece que o juiz não está sujeito ao primeiro ou ao segundo laudo, por ser livre a sua apreciação. Frisou mesmo que não há substituição, a despeito de a segunda perícia reger-se pelo que se dispõe quanto à primeira (art. 439).

Cumpre atender-se a que o conteúdo dos arts. 434,435,437-439 não constava do direito anterior.

Se há outros elementos, bastantes, de convicção, pode o juiz determinar o laudo, em parte ou totalmente (Dictum expertorum nunquam transit in rem iudicatam); se não os há, ou o juiz ordena outra perícia, ou, se é o caso, por terem divergido o perito e o assistente técnico ou os assistentes técnicos ou científicos, adota um deles.

Não pode desprezar laudo, sem haver algo que seja suficiente ao seu convencimento (6~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 12 de maio de 1950, R. F., 134,463). Isso importa dizer-se que somente pode desprezar laudo unânime262 se tem

262 Entenda-se por laudo unánime o subscrito pelo perito e assistente, não proibido pela lei, mesmo depois de ah-rogado o ali. 430, ou o que mereceu integral apoio dos assistentes, nos seus pareceres técnicos.

razões para o desprezar (2~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, 4 e 21 de dezembro de 1950, 19 de abril, 18 de junho e 24 de setembro de 1951, Jurisprudência, 1951, 93

s. e 102, 1953, 63, 36 e 111). O erro da perícia pode ser demonstrado por outro meio de prova (e.g., testemunhas, 3~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 6 de setembro de 1951,R. F., 145, 310), ou por outra perícia (art. 436).

Tudo que se diz no art. 436 resulta do princípio da livre apreciação da prova, que consta do art.

131.0 juiz precisou do perito, que é um técnico, bem. como do assistente técnico, e pode ser que não tenha o juiz o preparo que a perícia exige; mas isso não restringe o seu poder de buscar a verdade.

2. Arbítrio do juiz A determinação de nova pericia por parte do juiz é do seu arbítrio. É possível que a requeiram as partes. Resta saber se, feita a segunda, é possível a terceira, a quarta, etc. A lei fala de “nova”, e não de segunda. Naturalmente, o juiz somente determinará terceira, ou outra mais, em casos excepcionalíssimos.

Examinando o laudo, ou a) o juiz reputa satisfatório o laudo, ou b) entende que

não satisfaz, mas as perguntas ao perito ou ao assistente técnico bastam, ou c) o tem como insuficiente. Na hipótese c), pode determinar nova perícia. Não se confunda tal situação com a do perito ou do assistente técnico que, depois de entregar o laudo, foi julgado impedido ou suspeito (arts. 134,135 e 138, III), ou com a do perito que, por dolo ou culpa, prestou informações inverídicas (art. 147).

Art. 438. A segunda perícia tem por objeto os mesmos fatos sobre que recaiu a primeira e destina-se a corrigir eventual omissão ou inexatidão dos resultados a que esta conduziu').

Art. 439. A segunda perícia rege-se pelas disposições estabelecidas para a primeira2).

Parágrafo único. A segunda perícia não substitui a primeira, cabendo ao juiz apreciar livremente o valor') de uma e outra4).

1. Finalidade limitada da nova perícia A segunda perícia, ou outra que possa advir, tem de ter o mesmo fito que a primeira no tocante aos fatos ou objeto. Dissemos "o mesmo fito", porque o mesmo objeto pode dar ensejo a diferentes perícias e os mesmos fatos levam a perícias diferentes,

263 Já não é possível arguir-se o impedimento nem a suspeição do assistente técnico (art. 422, 2

parte).

no mesmo processo ou em dois ou mais. O que estabelece a identidade são os quesitos, primeiros ou suplementares. Daí, ter a perícia posterior a finalidade da correção da inexatidão ou das inexatidões das conclusões, ou o preenchimento de pontos omissos.

2. Regramento da nova perícia A nova perícia submete-se às regras jurídicas concernentes à primeira (arts. 420

e parágrafo único, 421 e §~ 1" e 2", 422-424,425-436).

A segunda perícia supóe que a primeira não esclareceu suficientemente, mesmo se houve quesitos posteriores para se esclarecer algum ponto, ou se

esclarecessem alguns pontos. Ela corrige a primeira, que foi omissa, inexata ou inesclarecida.

3. Eficácia da nova perícia A primeira perícia continua como foi apresentada. O que se vai apreciar é o conjunto, com as omissões de uma e o complemento pela outra, a contradição entre os dois laudos, ou a inteira confirmação da primeira perícia pela posterior ou pelas posteriores. Ao juiz é que cabe a livre apreciação.

4. Assistentes técnicos Nos arts. 438 e439 não se falou de assistente. Se houve ou se não houve, na primeira perícia, assistência técnica, pode haver a indicação de assistente técnico, ou de assistentes técnicos, pelo autor ou pelo réu. Têm-se de observar os arts. 421, § 10,1, e * 2", 422424, 428-431, 432, parágrafo único, 433-436.

Seção VIII

Da Inspeção Judicial

Art. 440. O juiz, de oficio ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo), inspecionar pessoas ou coisas), a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa.

1. Inspeção judicial Os atos de inspeção, a que se refere a Seção VIII, são atos do juiz, em sua atividade pessoal, para averiguar o que se passou ou se passa com alguma pessoa, ou coisa, de cujo esclarecimento possa resultar a decisão, ou que contribua para ela. Qualquer das partes, ou assistentes, que possam ter interesse em tal prova, pode requerer que o juiz inspecione; e pode ele, de ofício, resolver quanto a medida de exame e apreciação.

Na terminologia, alguns sistemas jurídicos falam de inspeção ("inspección", "inspection"), e outros, de reconhecimento judicial. Outros, altás, menos adequadamente, de "descentes sur les lieux", de "acesso giudiziario". Não se diga que é melhor do que "inspeção judicial", "reconhecimento judicial", porque, ali, se alude à atividade e, aqui, ao resultado.

Ao termos de interpretar o Código Civil, art. 136, VII, que falou de arbitramento como meio de prova dos atos jurídicos quando a lei não impõe forma especial, escrevemos no Tratado de Direito Privado, Tomo II, 421:

“O arbitramento, a que se refere o art. 136, VII, concerne à perícia que estima o valor. Vistoria é inspeção ocular, perícia pela vista; exame éinspeção que vai além da inspeção ocular e se pode prover de experimentação; o arbitramento só escolhe (arbitra) entre valores. O Código Civil, art. 136,1-Vil, inclui a inspe ção judicial, que é toda assunção de prova feita pelo próprio juiz. Dissemos, acima, que o figurante do negócio jurídico não pode testemunhar, porque não está fora, testemunhando, mas fora, concluindo-o, ao tempo em que o suporte fáctico entra no mundo jurídico. Assim, A não pode ser testemunha no negócio jurídico AB. Se, porém, estamos no plano do direito processual, e a relação jurídica processual é entre A (ou B) e C, ou se o negócio jurídico foi entre A, B e C e a relação jurídica processual é só entre A e B, ou só entre A e C, ou só entre B e C, pode C, ou B, ou A, respectivamente, ser chamado a testemunhar sobre o negócio jurídico em que também figurou. Dá-se o mesmo em se tratando de atos jurídicos stricto sensu da estrutura AB, ou ABC, ou de quatro ou mais figurantes.”

Na Ordenação Processual Civil alemã, * 371, foi dito: “A prova por inspeção far-se-á pela designação do objeto de inspeção e pela indicação dos fatos probandos” (Der Beweis durch Augenschein wird durch die Bezeichnung des Gegenstandes des Augenscheins und durch die Angabe der zu beweisenden Tatsachen angetreten). O § 371

permite que à inspeção assista um perito ou assistam peritos. A Ordenação Processual Civil alemã é que havemos de referir, porque o Code de Procedure Civile francês, hoje revogado, arts. 295-301, era diferente. O

Título XIII era sobre “descentes sur les lieux”. Nele, dizia o art. 295: “Le tribunal pourra, dans les cas oú il le croira nécessaire, ordenner que l’un des juges se transportera sur les lieunx; mais il ne pourra l’ordonner dans les matiêres oú il n’échoit qu’un simple rapport d’experts s’il n’en est requis par l’une ou par l’autre des parties.” Já havia em França a Ordenança de abril de 1667, Título XXI, arts. 1”, 4”, 5” e 19.

O que se supóe na inspeção judicial é que o juiz empregue os seus sentidos para que a sua percepção sensorial leve à assunção de prova. Pode consistir em ter ouvido palavras ou frases, inclusive por telefone, ou gravada, ou o que um papagaio repete por ter aprendido com uma das partes. A lei processual foi clara em dizer que tal meio de prova pode resultar de requerimento da parte ou de

ofício. Pode requerê-la qualquer parte, ou podem requerê-

la algumas partes ou todas, inclusive os interessados equiparados a parte. Se na inquirição de uma testemunha, ou na contradita, ela sugere a inspeção judicial, cabe ao juiz atendê-la, mas, aí, a atitude, a despeito da sugestão da testemunha, é invocação de ofício.

No art. 440 fala-se de juiz, mas não se afasta a aplicação em superior grau de jurisdição, uma vez que a apelação devolve ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada (art. 515 e §§ 1” e 2”), e pode ter por base a inspeção judicial, mesmo se o juiz não julgou a questão a que a inspeção se refere e até questões anteriores à’ sentença final, ou questões de fato, que não foram suscitadas no juízo inferior, mas sim na apelação, uma vez que se prove a omissão ter resultado de força maior (arts. 516 e 517).

A inspeção judicial é a indagação e observação feita pelo juiz, durante o processo, do estado e fatos das pessoas e das coisas, no interesse da decisão da causa. As coisas podem ser móveis ou imóveis, inclusive animais, terras e minas. Quem quer que possa ser atingido pela eficácia da sentença tem legitimação ao requerimento. Quando se fala de “em qualquer fase do processo , não só se alude ao processo principal e aos processos em que outro ocorre. Cabe nos processos de medidas cautelares e em todos em que se pode pedir ou requerer exibição (em coisa móvel em poder de outrem, que a pessoa repute sua ou tenha interesse em conhecer; documento próprio ou comum, em poder de co-interessado, sócio, condômino, credor ou devedor, ou em poder de terceiro que o tenha em sua guarda, como inventariante, testamenteiro, depositário ou administrador de bens alheios; escrituração comercial por inteiro, balanços e documentos de arquivos, nos casos expressos em lei; art. 844).

Não há exibição de bem imóvel, mas há inspeção judicial de imóvel. O que importa é não se confundirem os dois institutos, nem dizer-se que a inspeção judicial é meio para se fazer possível a exibição, como entendiam, por exemplo, Marco Tuílio Zanzucchi, Diritto processuale civile, fi 5~ ed., 89; Virgflio Andrioli, Commento aí Codice di Procedura Civile, ~, 3~ ed., 342. Ã diferença de outros sistemas jurídicos, a exibição pode ser ordenada de ofício (art. 355), tal como a inspeção judicial. A despeito do principio de o juiz ter de julgar iusta probata et alligata partium, com a inspeção judicial ele busca prova e apenas se há de ater ao que foi alegado.

Há, portanto, limitação excepcional, ao ônus da prova, que incumbe ao autor e ao réu (art. 333). Sem razão, juristas estrangeiros que sustentam o contrário.

Muito se discute se a determinação de inspeção judicial, quando de oficio, está sujeita a que seja indispensável ao fim de apreciação das provas, não ser de grave dano para a parte, ou mesmo de terceiro, ou de violação de segredo. Temos de aplicar, por analogia, o art. 363,1-1V, e o parágrafo único. Nem o juiz nem a parte requerente está diante de exigência da indispensabilidade da prova, isto é, se com o fundamento de não se poder provar por outro meio; mas, em se tratando de inspeção corporal, pode bastar outra prova.

No direito brasileiro, o que se exige é que haja interesse na inspeção para se decidir a causa. Falar-se, aí, de indispensabilidade é estar-se a saber, de antemão, que as provas, sem ela, não seriam suficientes, o que já vai ao momento da apreciação definitiva das provas. Relevância não corresponde a indispensabilidade, como parecia a Carlo Leone (L'Istruzione delia causa nel nuovo processo civile, 180).

O Código, nos arts. 440-443, não se refere a terceiros. A parte pode requerer e tem direito a assistir a inspeção, mesmo se foi determinada de oficio. Ora, é preciso que haja relevância para o julgamento a inspeção judicial do terceiro, ou da coisa do terceiro, seja proprietário ou possuidor. É óbvio que ao terceiro assiste recusar-se à inspeção pessoal ou de coisa (analogia, com o art. 363, 1-1V, e parágrafo único). Pergunta-se: j,como se há de classificar esse dever do terceiro de atenderá inspeção judicial? Dever cívico de colaboração, como sustentou Virgiio Andrioli (Lezioni di Diritto Processuale Civile, 176), ou dever de lealdade e probidade (Grasso, Dei Poteri dei giudice, 61), ou dever oriundo de estarem sujeitos os cidadãos a serviço público judiciário (Francesco Carnelutti, Carattere del nuovo Processo Civile italiano, Rivista di Diritto processuale, XVIII, Parte 1, 37). Se na relação jurídica há situação que faz depender da inspeção judicial do terceiro a decisão a favor ou contra o autor, de modo que esse elemento basta para que o Estado, que prometeu a tutela jurídica, faça dependente da inspeção de terceiro ou de coisa de terceiro, ou em poder de terceiro, a prestação jurisdicional.

Quanto ao objeto inspecionável, o Código fala de pessoas e de coisas. Quanto às pessoas, quaisquer podem ser sujeitas a inspecionamento se isso é de interesse para se decidir a causa. Pode tratar-se de simples anomalia de órgãos externos,

ou de manifestações de estado ou mudanças psico-patológicas, ou de algo que se passa internamente ao organismo, como prova sanguínea (e.g., em ação de filiação). Se há provas, evidentes, o que se há de entender é o que o juiz indefira o requerimento, ou se abstenha de inspetar, porque aí não há interesse à decisão da causa. A coisa pode ser de propriedade e de posse, ou só de posse, ou mesmo só de tença de alguém.

Para que o tenedor esteja na relação jurídica processual, é preciso que parta do proprietário e possuidor, ou do possuidor, ou contra ele, o interesse na inspeção judicial.

Para decidir a inspeção, não é preciso ouvir a parte ou mesmo terceiro. A referência a "consenso", no Código de Processo Civil italiano, art. 118, foi erro crasso. Quando se vai executar a inspeção, há segunda fase. Então, pode haver a negativa ou resistência da parte ou do terceiro. i,Como se há de resolver o problema? Não se falou de qualquer sanção contra quem se recusa a respeitar a decisão do juiz. Ora, tal óbice à inspeção pode ter conseqüências graves no plano processual e sentencial. No direito brasileiro, diante de qualquer regra jurídica dos arts. 440-443, a solução acertada érecorrer-se a instituto que com a inspeção judicial se parece: a exibição de documento ou coisa (art. 363 e parágrafo único).

Quanto a pessoas, o poder do juiz é semelhante ao dos arts. 888, 111-VIl e 889, com o parágrafo único.

Quanto ao poder discriminário do juiz, no tocante a inspeção, ocorre que, em alguns países se acoimou, ou se acoima de inconstitucional; mas não há, conforme expusemos, na fase da decisão, qualquer violação. Na segunda fase, que é a da execução da inspeção, tem-se de respeitar a Constituição Federal, art. 153, ~ 1", 2", 3", 40, 50, 6", 8", 9", 10 e 14.2~ Há outras regras jurídicas que podem ser aludidas.

A inspeção pode ser de barulho, odor, fumaça, poluição, presença de animais, domésticos ou não, de insetos, de entorpecentes, de defeitos de máquinas, ou de qualquer objeto, ou de pessoa, qualquer que seja a idade. O que importa é que se saiba o que é que vai ser objeto da inspeção, porque há de ser determinado o que se vai investigar e no que é que se investiga (cf. Leo Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, ~a ed., 528). Em algumas ações, como a de interdição, além das outras provas, quase sempre a de inspeção judicial, mas

como meio de prova necessária, portanto sem depender do requerimento ou do ato do juiz, de ofício, a que se refere o art. 440. Eo que ocorre com o que se impõe no art. 1.181. Por isso, ainda que haja sido feito o interrogatório do interditando, ou que, em qualquer ação, se tenha procedido a exame pericial, não está por isso afastada a inspeção judicial, a requerimento ou de oficio.

2. Qualquer fase do processo Desde o momento em que o juiz despacha a petição pode ele, de ofício, ou a requerimento da parte, praticar os atos de inspeção. Os dados, que colhe, são elementos para a prova, e têm de ser considerados à semelhança do que se passa à frente do laudo de inspeção, que ele mandou lavrar, outra prova constante dos autos. O fato de ser ato dele, a inspeção não afasta que ele invoque o art. 131, onde está o princípio cio livre convencimento.

Art. 441. Ao realizar a inspeção direta2), o juiz poderá ser assistido’) de um ou mais peritos.

1. Assistência de peritos A função dos peritos, nos casos de inspeção judicial, é inconfundível com a que têm na prova pericial (arts. 420-439). Na prova pericial, o laudo é quanto às conclusões a que o perito ou os peritos chegarem. Na inspeção judicial, os peritos são simples assistentes do juiz, de modo que o laudo, que se lavra, diz respeito às conclusões do juiz, e não às dos peritos, mesmo se o laudo do juiz se refere ao que lhe mostraram os peritos, ou a desenho, gráfico ou fotografia, que os peritos ou técnicos obtiveram.

Na Ordenação Processual Civil alemã, o ~ 372, no inciso 1”, diz que o juízo pode ordenar que à inspeção assistam um ou vários peritos. É o que consta do art. 441 do Código de Processo Civil de 1973. Não se invoque, portanto, o que consta da prova pericial (arts. 420-439). A possibilidade de se proceder no ato da prova pericial a inspeção judicial leva a complicações, porque aquela consta do laudo do perito e dos assistentes técnicos (art.

433) ou somente daquele (art. 433, parágrafo único), ao passo que essa consta de auto, que o juiz manda lavrar (art. 433), porque o perito ou mais peritos (e assistentes técnicos) apenas assistem ao juiz (art. 441). Se o juiz entendeu cumular as duas diligências, de certo modo desatendeu a que ele poderia determinar segunda perícia (arts. 437-439). Tem-se de levar em consideração que a perícia é feita sob a direção e autoridade do juiz (art.

427)265 e que lhe compete indeferir quesitos impertinentes e formular os que entender necessários ao esclarecimento da causa (art. 426, 1 e II). Se tudo isso lhe cabe e se, ainda mais, pode determinar, de ofício, segunda perícia, não é prudente que leve à inspeção judicial na mesma ocasião o esclarecimento de algum fato.

Segunda perícia e inspeção judicial são dois meios diferentes de prova.

265 Referencia à anterior redação do Art. 427.

2. Momento da inspeção Ao iniciar-se a inspeção já pode estar o juiz com perito, que lhe assista, por algum tempo, ou durante todo o tempo. Também pode o juiz suscitar tal assistência durante ou após a inspeção. O que importa é que do laudo da inspeção já conste o resultado, ou, já lavrado o laudo, haja o juiz decidido quanto à assistência pericial posterior, o que exige, se interessa ao julgamento da causa, que o juiz considere a espécie nova inspeção e seja lavrado o laudo.

Art. 442. O juiz irá ao local'), onde se encontre a pessoa ou coisa'), quando: 1julgar necessário para a melhor verificação ou interpretação dos fatos que deva observar; II a coisa não puder ser apresentada em juízo, sem consideráveis despesas ou graves dificuldades; III determinar a reconstituição dos fatos').

Parágrafo único. As partes4) têm sempre direito a assistir a inspeção, prestando esclarecimentos e fazendo observações que reputem de interesse para a causa.

1. Verificação no local A regra é que os exames, pesquisas e inspeções sejam feitas em juízo. Para que se façam fora, no local, onde se acha a pessoa ou a coisa, é preciso que ocorra um dos pressupostos do art. 442. O

primeiro, mais de ordem subjetiva do que objetiva, é que, para a interpretação dos fatos, seja necessário (a apreciação da necessariedade toca ao juiz) que no local, em que se encontra a pessoa, ou a coisa, ou em que se deu o fato, se proceda a inspeção, qualquer ela seja. Isso não afasta que antes se haja inspecionado a pessoa ou a coisa, no juízo, e entenda o juiz que inspeção no local possa ser elemento de mais relevo probatório.

2. Inspeção fora do juízo Se a pessoa ou a coisa (não só a coisa) não puder ser apresentada em juízo, ou para isso seriam graves as dificuldades, ou altas as

despesas, compreende-se que tenha o juiz de ir ao local em que está a pessoa ou a coisa.

As partes e os assistentes podem requerer a inspeção, quer seja em juízo, quer no local, conforme se estabelece nos arts. 440-443. Não há momento determinado por lei para que tal requerimento se faça, nem se proibem as novas inspeções.

O Código, no art. 442, refere-se à ida do juiz ao local onde está a pessoa ou coisa, quando, 1, julgar necessário para a melhor verificação ou interpretação dos fatos que deva observar, quando, II, a coisa não puder ser apresentada em juízo, sem consideráveis despesas ou graves dificuldades, e, III, quando determinar a reconstituição dos fatos. Todas as diligências que seriam permitidas em juízo também o são noutro local. Mas pode acontecer que só alhures se possam fazer, ou que sej a mais conveniente, moral, econômica e psicologicamente, serem realizadas no lugar em que se acham, ou, até, em que seja preciso ou conveniente que estejam (e.g., em clínica, ou lugar próprio para filmagem, ou mesmo interrogatório). A inspeção pode consistir em experimentação, testes de natureza científica, posto que se pense que a diferença conceptual entre experimentação e inspeção obsta a ir-se além do uso normal dos sentidos. Observe-se, porém, que as inspeções experimentais também se submetem ao direito de qualquer das partes a assistirá inspeção, a prestar esclarecimentos e fazer observações que reputem de interesse para a causa.

O Código não alude a contraditoriedade na atitude das partes, mas havemos de entender que na expressão

“observações” estão “confirmações”, “contraditas”, “dúvidas”, “informações” e “críticas”. Nada impede que, estando o juiz a interrogar alguém, como ato da inspeção, alguém faça pergunta, através do juízo. Pode dar-se que, no caso especial, a inspeção possa ser prejudicada com a presença da parte. Aí, para que a parte não possa estar presente (o que é “sempre direito” seu, art. 442, parágrafo único), épreciso que o juiz lhe comunique, antes, o que entende a respeito.

3. Reconstituição dos fatos Se, para se reconstituirem, satisfatoriamente, os fatos, com ou sem os dados que já foram colhidos, ou mesmo se apenas se atende ao que consta da petição inicial ou da contestação, o juiz considera indispensável, ou mesmo aconselhável, a inspeção no local, pode ele determinar que se faça no local.

Não se alude, aí, a necessariedade.’66

4. Partes e assistentes As partes e os assistentes das partes, e não só as partes, têm o direito de assistirá inspeção (não o dever), quer prestando esclarecimento, quer fazendo observações que reputem de interesse para a causa.

Todavia, pode o juiz ordenar a intimação para que compareçam.

Também pode ser requerido, com invocação, por analogia, dos artigos 342 e 343.

Acima, à nota 2, já cogitamos de ser excepcional a não-assistência por alguma ou algumas das partes. O art.

442, parágrafo único, diz que “as partes

266 Entende-se a reconstituição dos fatos como includente da possibilidade de uma encenação, naqual se situem pessoas ou coisas, de modo a fazer o juiz como que contemporâneo do quanto se passou.

têm sempre direito a assistir à inspeção”, mas referimos o surgimento de circunstâncias que imponham ou sugiram não estar presente alguma parte, ou não estarem presentes algumas partes, ou todas. Dir-se-á que assim se retira o direito a assistir à inspeção. A solução, diante do que acontece, é a de não estar presente a parte cuja presença dificultaria ou impediria a inspeção, mas assiste a inspeção o advogado da parte, ou assistem os advogados das partes impedidas. Alias, qualquer das partes, mesmo se nao impedidas, pode ser representada por seu advogado, ou alguma pessoa que indique para assistência. Cabe ao juiz examinar se convém a presença de tal pessoa e a parte contrária pode alegar que é inconveniente.

A parte ou o advogado ou representante da parte, que está a assistir àinspeção, de modo nenhum pode interrogar a pessoa que é objeto da inspeção, salvo através do juiz. Esse é quem está a fazer o que convém àdecisão da causa e só ele sabe o que se pode perguntar ou que se deve perguntar.

Se o juiz, sem qualquer razão, impediu a assistência pela parte, ou a sua atuação, tal prova não pode ser acolhida contra ela (cf. Salvatore Satta, Commentario aí Codice di Procedura Civile, II, Parte 1, 140, que fala de nulidade de prova, contra a decisão da Cassação italiana, a 28 de fevereiro de 1947, que se refere a

ineficácia).

O juiz vai ao local, se necessário, isto é, quando não possa inspetar no juízo. Casos há em que não é obrigado a isso, mas convém que a inspeção se faça diretamente, e aí depende do próprio juiz. Então, o juiz só não se transporta para onde está a pessoa ou a coisa, se consideráveis (grandes, em relação à causa) as despesas, ou se não tiver de haver reconstituições de fatos.

Alias, pode dar-se que a própria inspeção não seja cabível, como se os fatos ocorreram sem mais se poderem examinar.

Se a coisa está com terceiro, pode ele escusar-se à inspeção judicial nas espécies em que, quanto ao documento ou à coisa, não seria de ordenar-se à exibição (art. 363). Tudo isso é assunto para ser alegado pelo terceiro desde que teve ciência da diligência a fazer-se. Se o interesse é da parte, teve ela a intimação, para que exerça o direito de assistir e, pois, de ir contra a medida judicial. Se a parte não tem comunicação, a inspeção não pode ser feita, de modo que há infração da lei; não se pode exercer direito de assistir, de prestar esclarecimentos e fazer observações, sem que lhe tenha sido comunicada a prática do meio probatório. A intimação por edital pode ser feita.

Para assistir, esclarecer e fazer observações, que podem ser positivas ou negativas, havemos de entender que a parte tem técnico que com ela, ou com seu advogado ou representante~ compareça. Se o juiz pode ter, para a diligência, perito ou assistente técnico, não se pode dizer que não o tenha a parte ou mesmo o terceiro que tem direito de assistir.

Art. 443. Concluída a diligência, o juiz mandará lavrar auto circunstanciado, mencionando3) nele tudo quanto for útil ao julgamento da causa’).

Parágrafo único. O auto poderá ser instruído com desenho, gráfico ou fotografia2).

1. Conclusão de diligência A lei não exige unidade da diligência de inspeção, nem afasta que se suspenda para se continuar no dia seguinte, ou nos dias seguintes, ou em dias marcados.

2. Auto da diligência O auto da diligência é elemento necessário para que a ele

possa aludir, na decisão, o juiz, ainda que seja para corrigir o que interpretara, ou concluíra. Sem o auto, a inspeção não foi feita. Se houve suspensões, a cada inspeção há de corresponder um auto.

Se, concluída a diligência, o juiz não manda lavrar o auto, ínspeção não houve. Se foi lavrado o auto, porém nada se mencionou, ou algo faltou, o que do auto não consta não existe. De modo nenhum pode o juiz considerar meio de prova para a sua decisão o que do auto não consta; a fortiori, se auto não houve. O que o juiz viu, ou ouviu, ou por outro sentido percebeu, ao fazer a inspeção, não entrou no processo. O que ele alegar a respeito é afirmação ou negação que não podia fazer. Advirta-se, porém, que contra a sentença há recursos ou de outro remédio jurídico processual contra ela (isto é, como diz Gian Antonio Micheli, Corso di Diritto Processuale Civile, II, 97, não se pode ir contra ela fora dos meios normais de impugnação).

3. Auto e elemento de instrução O auto pode ser instruído (e muitas vezes se impõe que o seja) com desenho, gráfico, fotografia ou qualquer outra reprodução, e com cálculos pelo próprio juiz ou por perito ou especialista que o juiz fez seu assistente.