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 1

(Arts. 10 a 45)

1)Direito e sobredireito do direito processual

2)Código de Processo Civil como lei

3)Lei processual em sua íntegra

4)Alterações concretas do texto legal55)Estrutura do direito processual civil
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

1)Conceito de lei e espécies de leis

2)Conteúdo do Código de Processo Civil

SANÇÃO DA LEI N0 *5.869*

1)Processo civil

2)Codificação do direito processual civil

3)Lei processual e unidade da legislação

4)Dados históricos

5) Processo "civil"

6)Interpretação das regras de direito processual

7Conceito contemporâneo de processo civil

8)Processo de cognição e processo de execução

LIVRO 1

DO PROCESSO DE CONHECIMENTO

TÍTULO 1

DA JURISDIÇÃO E DA AÇÃO

CAPITULO 1

DA JURISDIÇAO

Art. 1º

1)Finalidade do processo; função judiciária; petição e demanda

2)Território nacional

3)Direito processual civil e direito intertemporal

4)Feito e questões

5)Regras de interpretação no sobredireito do direito processual civil e no direito processual civil 6 *)Art.* 2º

1)Tutela jurídica

2)Parte

3)Interessado a requerer

4)Formas legais

CAPÍTULO II

DA AÇÃO

Arts. 3º, 4" e parágrafo único

1)Bens da vida e interesses

2)Conceito de autor; ações e espécies de ações

3)Conceito de réu

4)Interesse necessário

5) Conceito de interesse necessário

6)Interesse do autor e interesse do réu

7)Interesse moral e outros interesses; legitimação passiva

8)Autor e assistente do autor e réu

9)Interesse em declaração

10)Existência e inexistência da relação jurídica

11)Documento, autenticidade e falsidade

12)Conceito de autenticidade

13)Conceito de falsidade

14)Ação declarativa típica

15)Sentença em ação declarativa

16)Interesse na declaração

17)Ação declarativa positiva

18)Ação declarativa negativa

19)Ação declarativa em reconvenção

20)Interesse especifico na declaração

21)Violação e declarabilidade da relação jurídica

Art.2º

01)Relação jurídica litigiosa

02)Litigiosidade superveniente da relação jurídica

03)Prazo para o pedido

04)Declaratividade preponderante

05)Requerimento de qualquer das partes

06)Ação declarativa incidenta

Art.6”

1)Nome próprio e causa própria

2)Lei e exercício de direito alheio em nome próprio

3)Direito de outrem e pleito

4)Invocabilidade da regra jurídica

SISTEMÁTICA DO LIVRO 1, TÍTULO 1

1)Processo

2)Pretensão à tutela jurídica

3)Direito material e direito formal

4)Pedido e relação jurídica processual

5)Ações e pesos de eficácia

TÍTULO II

DAS PARTES E DOS PROCURADORES

CAPÍTULO 1

DA CAPACIDADE PROCESSUAL

1)Partes ou figurantes da relação jurídica processual

2)Representação e presentação

3)Quem é parte

4)Principio de igual tratamento das partes

5)Capacidade de ser parte

6)Capacidade de estar em juízo

7)Capacidade postulacional

8)Conceito e precisões conceptuais indispensáveis

9)Entes humanos e capacidade de ser parte

10)Entidades criadas pelo homem

11)Terminação da capacidade de ser parte

12)Incapacidade de ser parte e nulidade *Art.. 7º*

1)Conceito de capacidade para estar em juízo

2)Distinções relevantes

3)Capacidade de estar em juízo

4)Incapacidade de postulação e de incoação *Art.. 8º e Art. 9º e parágrafo único*
1)Processualmente incapazes

2)Representação e assistência de incapazes

3)Titular do pátrio poder

4)Tutores

5)Curadores

6)Ministério Público e curador especial (aqui, curador à lide)

7)Nomeação de curador especial (curador à lide)

8)Falta de representação

9)Representação do preso

10)Revel citado por edital ou com hora certa

11)Comarca e representação processual

12)Função do curador à lide

13)Intervenção do Ministério Público

14)Incapacidade superveniente *Art. 10 e parágrafo único Art. II e parágrafo único*

1)Outorga uxória e outorga mArt.tal

2)Bens imóveis e direitos reais

3)Distinções

4)Citação do marido e da mulher

5)Capacidade processual do marido e da mulher

6)Direitos reais sobre imóveis

7)Atos praticados pelos cônjuges ou fatos que os atinjam

8)Dividas contraídas por um dos cônjuges a bem da família

9)Ônus sobre imóveis

10)Suprimento do assentimento

II)Suprimento judicial, motivo justo, ou impossibilidade

12)Falta de suprimento *Art. 12 e 1º, 2ºe 3º*

1)Órgão e presentação

2)Órgãos das entidades de direito constitucional

3)Estados-membros, órgãos e representantes

4)Distrito Federal

5)Territórios

6)Municípios

7)Autarquias

8)Massa falida

9)Parte oficial, na herança

10)Herança jacente e herança vacante

11)Limitação à disposição e incapacidade processual

12)Liquidante e legitimação processual

1 3)Pessoas jurídicas, órgão e representante

14)Sociedades irregulares e impersonificadas

15)Filiais, sucursais e agências

16)Administrador de condomínio ou síndico

17)Herdeiros e sucessores de falecido

18)Sociedades não-personificadas que demandam ou que são demandadas ....

19)Pessoa jurídica estrangeira *Art. 13*

1)Capacidade processual e seu exercício

2)Suspensão do processo

3)Prazo razoável

4)Autor e suprimento da falta

5)Revelia por falta ou por defeito

6)Terceiro e exclusão do processo

CAPÍTULO II

DOS DEVERES DAS PARTES E DOS SEUS

PROCURADORES

Seção 1

DOS DEVERES

Art. 14 ....

1)Dever de verdade

2)Lealdade e boa-fé

3)Direitos, pretensões, ações e exceções, e remédios jurídicos processuais 4)Atos e provas sem necessidade ou utilidade *Art. 15º e parágrafo unico* 1)Expressões injuriosas

2)Legitimação ativa para o requerimento

3)Riscadura

4)Defesa oral pelo advogado

Seção II

DA RESPONSABILIDADE DAS PARTES POR

DANO PROCESSUAL

Art.16 e Art. 17

1)Danos e má-fé no pleito

2)Perdas e danos; danos econômicos e danos morais

3)Pleitear de má-fé

4)Responsáveis como litigantes

5)Meios de defesa e seu exercício

6)Ato ou omissão do réu

7)Natureza e eficácia da ação de indenização pelo procedimento de má-fé ...

8)Falta de fundamento que o figurante não tinha razão para desconhecer ...

9)Alteração intencional da verdade dos fatos

10)Omissão intencional dos fatos essenciais ao julgamento da causa 11)Uso do processo com intuito de conseguir objetivo ilegal

12)Resistência injustificada

13)Conduta temerária em qualquer incidente do processo

14)Incidentes sem razão de ser *Art. 18 º e 1ºe2º*

1)Litigante

2)Indenização e reembolso

3)Pluralidade de litigantes de má-fé

4)Falta de elementos imediatos para o cômputo

Seção III

DAS DESPESAS E DAS MULTAS

Art.19º e1 ºe 2º

1)Justiça gratuita

2)Despesas

3)Princípios jurídicos sobre despesas

4)Ato processual e pagamento

5)Atos determinados de ofício pelo juiz e atos requeridos pelo Ministério Público *Art.20º e1º,2º,3ººe 4º*

1)Despesas antecipadas e honorários advocatícios

2)Incidente ou recurso

3Despesas e abrangência

4Honorários advocaticios

5)Fixação dos honorários

6)Elementos qualitativos

7)Fixação por equidade

8)Honorários de advogado e omissão do juiz

9)Ações executivas de títulos judiciais e extrajudiciais

Art. 21 e parágrafo único

1)Vencidos em parte3992)Vencido em parte mínima

Art. 22

1

Falta de arguição tempestiva

2Dilatação do julgamento

Art. 23

1)Cumulação subjetiva e despesas

2)Condenação parcial e despesas

Art. 24

31)Processos sem contraditoriedade e custas

32)Co-participação processual

Art. 25

1)Juízos divisórios

2)Litígio

3)Classes e subclasses de autores e réus

Art.26 ~1ºe 2º

1)Desistência, despesas e honoranos

2)Reconhecimento, despesas e honorários

3)Transação, despesas e honorários

4)Fato superveniente alegado pelo autor

Art 27

1)Atos processuais praticados a requerimento do Ministério Público ou da Fazenda Pública 2)Entidades estatais e o Art. 27

Art. 28

1)Extinção do processo e nova propositura

2)Ação renovável *Art.. 29*

1)Atos processuais adiados e atos processuais repetidos

2)Adiamento, repetição ou inutilização; responsabilidade

3)Parte, serventuário, órgão do Ministério Público ou juiz

4)“Justo motivo” *Art. 30*

1)Custas indevidas

2)Unilateralidade ou bilateralidade da cobrança

3)Pagamento em dobro

4)Poder de apreciação do juiz *Art. 31*

1)Atos manifestamente protelatórios, impertinentes ou supérfluos

2)Sentença final *Art. 32*

1)Assistente e assistido

2)Assistido vencedor *Art..33*

1)Assistente técnico

2)Perícia *Ar. 34*

1)Reconvenção

2)Oposição

3)Ação declaratória incidental

4)Jurisdição voluntária *Art. 35*

1)Má-fé e condenações

2)Serventuários

CAPÍTULO III

DOS PROCURADORES

1)Procuradores processuais

2)Representação processual *Art. 36*

1)Capacidade legal e advocacia

2)Procura

3)Advogado legalmente habilitado

4)Advocacia em causa própria

5)Falta de advogado no lugar, ou recusa ou impedimento dos advogados que haja 6)Nomeação judicial do advogado

7)Revogação, morte do constituinte e outras causas de extinção dos poderes *Art. 37 e parágrafo único*

1)Pressupostos formais da procuração

2)Inexigência da caução

3)Falta ou defeito da procuração *Art.. 38*

1)Procuração para juízo

2)Substabelecimento e morte do substabelecente

3)Atos para os quais são necessários poderes especiais *Art. 39 e parágrafo único*
1)Advocacia, inclusive em causa própria, e intimações

2)Cumprimento da regra jurídica processual

3)Indicação do endereço e despacho da petição inicial

4)Intimação a indicar o endereço

5)Cumulação de funções processuais

6)Mudança de endereço *Art.40 e~1ºe2º*

1)Direitos do advogado

2)Dever dos escrivães

3)Exigência para o exercício do direito

4)Prazo comum às partes

CAPÍTULO IV

DA SUBSTITUIÇÃO DAS PARTES E DOS PROCURADORES

Art.4 1º e Art .42 e 1º,2º e 3º

1)Substituição legal e voluntária

2)Casos expressos em lei

3)Alienação de coisa litigiosa ou de direito litigioso

4)Consentimento da outra parte

5)Interveniente adquirente ou cessionário

6)Sentença a favor e sentença contra o alienante ou cedente

7)Sucessão entre vivos

8)Sucessão a causa de morte *Art. 43*

1)Substituição processual e saisina

2)Suspensão do processo *Art. 44*

1)Revogação da procuração ao advogado

2)Procurador que não é advogado *Art. 45*

1)Denúncia da procura

2)Revogação da procuração

1)2)3)4)5)

1. Direito e sobredireito do direito processual O Direito processual é um ramo do Direito e, que se estabelece como se fez nascer a relação jurídica entre autor e juiz (Estado), como tal relação jurídica processual se angulariza, como ocorre ou se permite a introdução de outras pessoas, como se regulam as atividades até se chegar à sentença, quando e como se permitem os recursos, e como se produz a coisa julgada e qual à ação contra ela. Não se diga que o direito material que se pode invocar somente possa ser o Direito Civil, ou o Direito civil e o Direito comercial.

Há ações, que se propõem em jurisdição civil, que se fundam em direitos, pretensões e ações oriundas de Direito público, inclusive de Direito constitucional. De tais direitos, pretensões e ações podem surgir lides civis. Quanto ao sobre-direito, isto é, quanto às regras por sobre regras de direito processual, temos: (1)o povo é quem diz quem faz a lei processual;1 quem faz a lei de direito processual é o Estado (1822-1891, 1934-1969) ;2 ou a unidade a que a Constituição haja repartido a competência legislativa de direito processual, o Estado-Membro (1891-1934)2; (2) *Locus regit actum:* tudo que se passa nos processos é regido pela *lex fori*, a lei do foro, como lei territorial, inclusive quanto à parte do processo de outro Estado que se tenha de realizar dentro do país (cumprimento de rogatórias estrangeiras, execução de sentenças estrangeiras, sendo a “homologação”, adotada pelo Brasil, um dos Expedientes para se iniciar a cooperação interestadual); (3) *Tempus regit actum:* a lei processual apanha a todos os litígios e atos pendentes ao tempo de entrar em vigor, salvo regra expressa em contrário. A impugnabilidade

1 Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5.10.88, Art. 1º, parág. único.

2 Pelo fenômeno da *recepção,* que também se poderia chamar da *absorção compatível*, a Const.88 revigorou o Código de Processo Civil, uma lei ordinária, salvo nos dispositivos por ela implicitamente revogados, que serão objeto de nota específica.

3 Compete privativamente à União legislar sobre direito processual, conforme o Art. 22, 1, da Const. 88, a qual, entretanto, no Art. 24, Xl, defere à Unido. aos Estados e ao Distrito Federal competência para legislar.

concorrentemente, sobre procedimentos em matéria processual. da sentença, que se publicou antes de entrar em vigor a nova lei processual, é *apriori*, a das duas leis que estiveram em vigor durante o prazo do recurso, se esse foi interposto. A respeito, o Código de Processo Civil vigente não tem regras jurídicas suas, acertadas, que bastassem, à diferença do Código de Processo Civil de 1939; (4) As regras jurídicas de fontes e método de interpretação das leis processuais são as mesmas de todas as leis; mas, na dúvida, entende-se: a) que o princípio é imperativo, e não dispositivo; *b)* que o principio é completo, e não de arbitrio; *c)* que os prazos são peremptórios. Quanto à imperatividade ou dispositividade do princípio, a dúvida só se revela se falha a regra seguinte: se dos termos do princípio não se inclui por sua cogência, ainda é imperativo se, entendido como dispositivo, falha ao fim de politica jurídica que o inspirou, ou põe em desigualdade de tratamento as partes. Todas as normas sobre competência excludente, capacidade para ser parte, capacidade processual, representação legal, publicidade das audiências, são imperativas. Sobre o assunto, notas aos arts. 1.211 e 1.220.

2.Código de Processo Civil como lei Com a declaração da Independência do Brasil, em 1822, tinha-se de pensar na legislação que continuArt.a, memorável herança, de que sempre havemos de nos envaidecer. A Lei de 20 de outubro de 1823 manteve o que tínhamos, inclusive quanto ao processo. Em 1850, foram publicados, o Código Comercial e o Regulamento n0 737, de 25 de novembro de 1850, mas as Ordenações Filipinas e leis reinícolas continuaram a reger o processo civil, até que o Decreto n0 763, de 19 de setembro de 1890, mandara aplicar o Regulamento n0 737 às causas cíveis. Adveio o erro, imitativo dos Estados Unidos da América, que deu aos Estados-membros a competência para

legislar sobre direito processual. Houve muitos Códigos até que a Constituição de 1934 pusesse fim a isso.

O Código de Processo Civil de 1939 foi promulgado como *lei*, como codificacão de regras jurídicas emanadas do Poder Legislativo. O Presidente da República, ao fazê-lo, usou da atribuição que lhe conferia o Art. 180 da Constituição de 1937, então vigente: "Enquanto não se reunir o Parlamento Nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União". Tal competência, que tinha de ser transitória e constava das "Disposições transitórias e finais", não podia confundir-se com a competência permanente, normal, do Poder Executivo para a regulamentação, isto é, para expedir *decretos* (Constituição de 1937, Art. 74: "Compete privativamente ao Presidente da República: a) sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e *expedir*

decretos e regulamentos para a sua execução"). Assim, no período ditatorial de 1937-1946, o Presidente da República expedia *decretos-leis e decretos*, aqueles correspondentes a leis, e esses a decretos no sentido exato e preciso. Vigorava então, como sempre, o prmcípio de que o decreto não pode derrogar ou revogar a lei (decreto-lei), nem o decreto-lei a Constituição.

O Código de Processo Civil vigente derivou de Anteprojeto, que o Presidente da República transformou em Projeto de lei n0 810, de 1972. Foi enviado com a Mensagem n0 210, a 2 de agosto de 1972, com invocação do Art. 56 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1967, com a Emendan0 1.

3. Lei processual em sua íntegra Assim, para se saber o que é que integra o Código de Processo Civil, tinha-se e tem-se de verificar, partindo-se do texto, quais as regras constantes de decretos-leis, ou constitucionais, que revogaram ou derrogaram regras do Código de Processo Civil. Para o jurista, que há de expor com lealdade e rigor o direito vigente, não podem ser levadas em conta derrogações ou revogações que alguma repartição, sem força ou prestígio para obter os fáceis decretos-leis, introduziu, ob-reptícia ou sub-repticiamente, em decretos ou regulamentos. Seria pactuar com os atentados à hierarquia das regras jurídicas admitir o jurista que tem de expor como se estivesse julgando a emenda dos decretos-leis pelos decretos.

Em virtude desse princípio de conduta, que se nos impunha, em consciência e

em técnica, não incluímos no texto do Código de Processo Civil emendas que constem de *decretos* e *regulamentos,* atos do Poder Executivo.

4. Alterações concretas do texto legal Temos de mencionar, como dados históricos, o que se passou como Código de Processo Civil de 1939. Houve mudanças *múltiplas.* O Art. 147 do Código de Processo Civil de 1939 estatuiu:

"As ações de nulidade de privilégio de invenção ou marca de indústria e de comércio serão propostas no foro do Distrito Federal, perante um dos juizes competentes para o julgamento das causas em que for interessada a União." O Decreto-lei n0 7.903, de 27 de agosto de 1945, Art. 157, alterou-o; "As ações de nulidade de registro serão processadas e julgadas segundo o domicílio do réu, no Distrito Federal, nos Territórios federais e nas capitais dos Estados, pelos juizes competentes para conhecer dos feitos da Fazenda Pública, com recurso para o Supremo Tribunal Federal, e terão curso ordinário, podendo qualquer delas ser cumulada com a de indenização." Ora, o Presidente da República, podendo usar da competência que lhe dava o Art. 180 da Constituição de 1937, dela se utilizou.

Noutros casos, nem *objetivamente,* se pode ter como revogado ou derrogado texto de lei, por artigos de decreto, nem, *subjetivamente,* é de admitir-se que e Presidente da República concebesse a regra de decreto como revogativo ou derrogativo do Código de Processo Civil. Nem a doutrina jurídica das Constituições, nem a ética podem acolher esses constantes abusos de confiança com que as repartições, pretextando regulamentar, inserem nos textos de decretos revogações e derrogacões de lei. O jurista e o juiz têm de repelir esses atentados; e não pode o juiz, diante de texto de lei que outra lei não derrogou nem revogou, atender o texto de qualquer decreto do Poder Executivo que seja contrário à lei. Nos próprios tribunais, para reputar *ilegal* tal regra de decreto, não era preciso, sequer, a maioria absoluta do ari 111 da Constituição de 1967.~ Não foi essa a razão por que inserimos o ari 147 do Código de Processo Civil como intacto. Deixamo-lo lá, porque sobreveio a Constituição de 1946, ari 200.

A respeito, convém lembrar que fora *como estava no Código* até a Lei n0 16.264, de 19 de dezembro de 1923, ari 69; antes, regiam a Lei n0 3.139, de 14 de outubro de 1882, ari 50, § 30 e a Lei n0 221, de 20 de novembro de 1894, ari 16. O legislador processual preferiu a velha regra. O Decreto-lei, outra. Mas a Constituição refez tudo.

Quanto ao ari 143 do Código de Processo Civil de 1939, não fora ele revogado: tomou-se facultativo, o que não era, quanto a ações contra a União. Disse ele: "Nas causas propostas pela União ou contra ela, o foro competente será o da capital do Estado em que for domiciliado o réu ou o autor." O ari 143 continha duas regras: *(a)* A regra jurídica da propositura da ação em que é autora a União na capital do Estado-membro ou Território em que é domiciliado o réu. Essa era a do ari 201, ia parte, da Constituição de 1946: "As causas em que a União for autora serão aforadas na capital do Estado ou Território em que tiver domicilio a outra parte."5 *(b)* A regra jurídica da propositura da ação contra a União, ou *a)* no foro em que é domiciliado o autor, ou *b)* na capital, do Estado-membro ou Território em que se verificou o ato ou fato originador da demanda, ou *c)* ainda no Distrito Federal. A regra jurídica *(b), a),* é a do ari 143 do Código de 1939; a regra *(b), b),* é a da situação da coisa (Código de 1939, arts. 136 e 137), ou a do Const. 88, ari 97.

5Aliter. a Const. 88. no ari 109, § 10: "As causas em que a União for autora poderão ser aforadas na seção judiciária onde tiver domicílio a outra parte", e § 20: "As causas intentadas Contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou. ainda, no Distrito Federal".

ari 141, ou a do ato ilícito; a regra *(b), c),* foi *nova*, em relação ao Código de Processo Civil.

Diz o ari 125,1, da Constituição de 1967, com a Emenda n0 1, que aos *juizes federais* compete processar e julgar, em primeira instância, "as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés assistentes ou opoentes, exceto as de falência e as sujeitas à Justiça Eleitoral, e à Militar". E o § 10: "As causas em que a União for autora serão aforadas na Capital do Estado ou Território onde tiver domicilio a outra parte; as intentadas contra a União poderão ser aforadas na Capital do Estado ou Território em que for domiciliado o autor; na Capital do Estado onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou ainda no Distrito Federal".6

Quanto às ações de nulidade de privilégio de patente de invenção ou de marca de indústria e de comércio, caíram elas no campo das regras jurídicas gerais do ari

119, § l~, da Constituição de 1967 (com a Emenda n0 1, hoje, ari 125, * 10). É ao ari 125, § l~, que se têm de ater os interessados, autores ou réus. O ari 147 do Código de 1939 não foi revogado, pois o ari 119, § 1~, da Constituição de 1967, permitiu que se propusesse em qualquer dos foros que apontou, um dos quais é o do ari 147.

Se a União se apresenta como *autora,* ou se foi citada como *ré,* ou se, sucessora, o foi para a habilitação, ou por si mesma compareceu, é fácil distinguir-se a competência dos juizes federais. Casos há, porém, em que a situação subjetiva resulta das circunstâncias mesmas da relação jurídica processual: não precisa ter figurado como autora, na petição inicial, ou como ré, na citação, ou, até, como assistente, ou oponente.

Restam os casos de *assistência e de oposição.* Assistente é o que intervém no processo para defender o seu direito, juntamente com o direito do autor ou do réu: é como o autor, ou como o réu. Enquanto as partes podem falar no feito, isto é, enquanto não se achem esgotados os prazos para alegações, quaisquer que sejam, é admissível a *assistência,* que se não prende a nenhum estado da causa. Se a União vai assistir, quando já se está na fase da produção de provas ou se alguma decisão já foi proferida, e lhe é reconhecida a assistência, não só se salvam os atos probatórios e ordinatórios, como quaisquer outros. A regra jurídica assente é a de que o assistente pode vir a juízo *depois* da sentença, mas recebe a causa no estado em que ela se ache (Supremo Tribunal Federal, 13 de julho de 1915,4 de dezembro

Sobre a competência das juizes federais. Const. 88. ari 109. 1915,2 de agosto de 1916 e 16 de novembro de 1916), exceto quanto à cognição do recurso. A *oposição* é o remédio jurídico processual pelo qual - o terceiro intervém na causa para excluir as pretensões do autor ou do réu, ou do assistente. Sob o nome de oposicão existem dois institutos distintos:

(a) Os terceiros são obrigados a reconhecer os julgados, ainda que sejam contra os seus interesses, porém os julgados não podem, em princípio, diminuir-lhes os *direitos,* pois que lhes foram estranhos; de modo que, a todo tempo, poderão defender a sua posição jurídica, salvo se essa, com o tempo que correr e o fato da instalação da posição de outrem, juridicamente deixou de ser, ou perdeu algum dos seus elementos. Defendê-la-ão em causa autônoma, sem se preocuparem com a sentença existente; ou atacando diretamente a sentença, com a *oposição*

de terceiro. São pontos que têm de ser atendidos.

(b) Os terceiros que não têm algum direito incompatível com o direito que se declara na sentença, porém, em certas legislações processuais, pelo *interesse* que tenham em que se não declare o direito dos que são parte na ação, impugnar a sentença, por dolo ou colusão. Quem foi parte ou assistente não pode *opor.*

(A Constituição não aludiu ao *litisconsórcio,* porque seria *bis in idem:* o litisconsorte ou é réu, ou é autor.)

Incluindo-se, como da competência do Supremo Tribunal Federal e, em 1946, do Tribunal Federal de Recursos os casos em que a União é oponente, foi derrogado desde o advento da República, o ari 63 do Reg. n0 737, de 25 de novembro de 1850, que continuou em vigor, no processo federal, segundo o qual "os herdeiros, sucessores, cessionários, os chamados à autoria, os assistentes, os opoentes, responderão no foro em que corre a causa". O

texto de 1934 era claro: se a oposição era proposta já na instância de recurso, corriam no mesmo processo simultaneamente com o remédio jurídico principal, mas os autos iam, em recurso ordinário, para o Supremo Tribunal Federal. Se a oposição era proposta depois da sentença, quando se ia executar, a execução ficava desaforada: os embargos de terceiro seriam julgados pelo Supremo Tribunal Federal, porque se trata de remédio jurídico processual autônomo, pelo qual o terceiro, em "embargos de terceiro", causa distinta (do terceiro), exerce o seu direito público subjetivo de ir ajuizo.

A situação, desde 1937, não mudou, a despeito de se ter eliminado a Justiça federal, sem se adotar a distribuição, à escolha, dos processos de recurso federal. A Constituição de 1937 e a de 1946 só se interessaram pela federalidade do recurso. A questão da competência na primeira instância passava-se no plano da legislação ordinária e tão-só nele, respeitado o ari 201 da Constituição de 1946. Com a Constituição de 1967 volveu-se à concepção da Justiça federal de primeira instância.7

Se algum comércio ou indústria, ou jogo, como loterias, clubes de mercadorias e outros estabelecimentos, é fiscalizado por funcionário federal, ainda que o Governo federal perceba percentagem, isso não basta para estabelecer a competência da Justiça federal (Supremo Tribunal Federal, 17 de maio de 1932).

Trata-se, apenas, de exercício, por parte da União, do poder de policia.

Enquanto a União não se apresentava como co-autora, ré, assistente ou opoente nos processos em que era parte alguma Caixa Econômica, que dela dependesse, corriam eles na Justiça local (5~ Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 9 de janeiro de 1936, acórdão confirmado pelas

e 6a Câmaras conjuntas, em embargos, a 28 de agosto do mesmo ano). Estava certo, com fundamento no parágrafo único do ari 81 da Constituição de 1934, verbis “e outros”; salvo sejá afirmado o caráter de estabelecimento federal, com a situação subjetiva necessária da União. Hoje, o pressuposto da legislação da empresa pública federal, a ser autora, ré, assistente ou opoente, conforme o ari 125, 1, da Constituição de 1967, com a Emenda n0

1,~ basta; o juízo estadual em que corre a ação é incompetente.

Não basta, para que a causa pertença à cognição federal, que nelaexista interesse da União, porquanto se diz, no ari 125, J,9 que aos Juizes Federais compete julgar as causas em que a União for interessada como autora ou como ré, assistente ou opoente, e não as em que a União for interessada sem ser autora ou ré, assistente ou opoente. O ari 125, 1, cogita das “causas”, em que existem as figuras subjetivas do autor, do réu, do assistente, ou do opoente, para dizer que, assumindo a União, nelas, qualquer dessas figuras, a competência é inelidível. Processos há, como os processos de falência, em que tais figuras nem sempre se caracterizam, e deles cogitara a Constituição de 1934, ari 81, parágrafo único, para afirmar a competência da Justiça local, regrajuridica que não reapareceu na Constituição de 1937, mas volveu em 1946 e em 1967.”> A intervenção da União nos processos de falência toma caráter que não é superponível ao da assistência ou ao da oposição. Já no regime monárquico, embora a Fazenda imperial tivesse o seu Juízo privativo, os seus procuradores compareciam perante o Juízo do Comércio, 7Mantida pela Const. 88. ari. 109, 1 XI8Const. 88. ari 109, 1.9Const. 88, ari 109. 1.lOTambém em 1988. ari 109, 1.para reclamação do pagamento que lhe fosse devido pelo falido. Se ocorria contestação do seu pedido, promovia-se a cobrança executiva no Juízo dos Feitos da Fazenda, furtando-se, assim, ao foro comercial. O Juízo dos Feitos da Fazenda nunca processou falência. A tradição republicana foi no mesmo sentido. Na antiga Corte Suprema, a 5

de junho de 1935 (Conflito de jurisdição n0 1.087), os dois critérios tiveram o ensejo de se enfrentar, e venceu o primeiro, declarando-se competente a Justiça local para quaisquer processos de falência. Somente dois Ministros pugnaram pelo segundo.

Na Constituição de 1934, além de se ressalvarem os processos de falência, dizia-se (ari 81, parágrafo único): "...e outros (processos) em que a Fazenda Nacional, embora interessada não intervenha como autora, ré, assistente ou oponente". Não era preciso dizê-lo. Nem é preciso dizer-se que o interesse da União nos concursos de credores não-falencial é insuficiente para se estabelecer foro privativo, originário ou recursal. "Falência" está, no ari 125, 1, 28 parte da Constituição de 1967, com a Emenda n0 1," por "falência ou outro concurso de credores".

(c) No Conflito de jurisdição n0 1.090, já a então Corte Suprema, a 14 de agosto de 1935, examinara caso em que os estatutos de uma associação dependiam de autorização do Governo federal e em que poderia haver interesse da União, porém em nenhuma figura subjetiva prevista no ari 81, *a),* da Constituição de 1934 aparecia a União. Não era ré, nem autora; nem assistente, nem oponente. O Relator frisou que, na espécie, somente assistente poderia ser; todavia, conforme os pareceres dos representantes da União, essa *não queria* ser assistente. Ora, a assistência é, por definição, adesão voluntária, e não havia lei que ordenasse a assistência compulsória da União. Isso não quer dizer que a lei federal não possa ordenar a assistência compulsória.

Quanto às causas relativas a patentes de invenção, é de grande importância a distinção entre causas concernentes ao exercício do direito decorrente da invenção patenteada, ou à sua proteção, e as causas sobre nulidade, absoluta ou relativa, ou sobre qualquer ponto de direito ou de fato referente à patente de invenção. Já a Lei n0 3.139, de 14 de outubro de 1882 (ari 50, ~ 30) se reportava à dicotomia das causas em causas comuns e causas sobre nulidade da patente de invenção, dizendo competir ao Juízo Comercial do Distrito Federal o processo e julgamento dessas. Na República, a Lei n0 221, de 20 de novembro de 1894 (ari 16), estabeleceu a competência dos juizes Const. 88. ari 109. 1, 1ª parte.

seccionais para o processo e julgamento daquelas e a do juiz seccional do Distrito Federal para o das últimas. Tal era a interpretação que o Supremo Tribunal dava à Lei n0 221, mas, depois, a abandonou, para ver no ari 16 apenas

linha demarcadora entre a competência do juiz seccional do Distrito Federal e a da Justiça local do Distrito Federal, por força da nulidade de Justiça que a República implantara; de modo que, para o aforamento das causas, inclusive de nulidade, quando não coubesse a cognição à Justiça local prevaleceria o ari 12 da Lei n0 221, quer dizer, a regra da propositura no foro do domicilio do réu, porque só assim se distribuiria a cognição, segundo critério único, por todos os juizes federais. Já tivemos ocasião de mostrar que havia outros critérios únicos, que poderiam ser usados, razão por que a solução era certa, *de lege ferenda,* posto que mais de uma solução pudesse existir, mesmo *de lege ferenda,* dentro da Constituição. As ações de nulidade, absoluta ou relativa, de patente de invenção, ou caducidade, ou outras quaisquer ações que digam respeito à conferência mesma do direito patenteado, ou da sua permanência, no todo ou em parte, pertencem à jurisdição federal, porque nelas é interveniente necessária a União, conferidora da patente. Onde quer que a lei faça a União ser autora, ré, assistente ou opoente, ai a competência da Justiça federal é ineliminável. As ações de nulidade de patente são processadas e julgadas segundo o domicílio do réu, no Distrito Federal, nos Territórios Federais e nas Capitais dos Estados-membros, pelos juizes federais, com recurso para o Tribunal Federal de Recursos. 2

(d) Entidade autárquica. Autarquia é a entidade que estaria inteiramente integrada no Estado se esse não a tivesse autarquizado, isto é, não lhe houvesse atribuido direção e atividades próprias.

O Estado-membro, o Distrito Federal, o Município e o Território não são autarquias. São arquias, como a União. O

“auto~~ supõe ligação a alguma entidade, de que não depende como depende de qualquer delas a *repartição,* ou o *órgão* , por mais potente que seja. A autarquia pode ser considerada órgão da entidade estatal, mas, então, teríamos de distinguir o órgão ime12 O ari 109 da Const. 88 náo cogita dessa competência. Aos juizes federais, entretanto, compete processar e julgar todas as causas, cujos processos a União, entidade autárquica ou empresa pública federal integrarem, na condição de autoras, rés, assistentes, ou opoentes, por força de mandamento legal expresso, ou não. Legitimado o Instituto Nacional da Propriedade Industrial para ações de nulidade (v.g., arts. 57 e 100 do Código da Propriedade Industrial Lei n0 5.772, de 21.12.71), e considerada a natureza do INPI. autarquia federal, conforme o mi. 1º da Lei n0 5.648, de 11.12.70, a competência

é dos juizes federais (Const. 88, ari 109, 1), incidindo a regra do § l0do dispositivo e a do ari 94 do CPC.

Imediato, direto, e o órgão mediato, indireto, que seria apenas entidade auxiliar. O interesse do Estado existe, mas há o interesse da autarquia, de que podem irradiar-se direitos, pretensões e ações contra o Estado, como podem ter negócios jurídicos com o Estado. Algumas entidades de direito público exercem funções e têm consigo serviços públicos sem que sejam autárquicas. Nem mesmo empresas públicas. É ocaso das entidades concessionárias e das entidades que recebem “autorizações.

Nem toda administração mediata do Estado é autarquia.

A autarquia supõe a não-obrigatoriedade, porque, se originário fosse o seu caráter, não teria cabimento o elemento

“auto”. Não se poderia falar de autarquia em se tratando de Estado, Estado-membro ou Município. Tampouco se pode dilatar o conceito de autarquia até abranger a representacão de interesses, a *interesse invertretung.*

Tem-se de assentar se a autarquia só existe se o interesse é só estatal, de jeito que, com a autarquização, se diminui, se atenua, se corta, até determinado ponto, o interesse do Estado, ou se pode ser paraestatal. Aqui, supõe-se existirem interesses que podem ser exclusivos do Estado, ou poderem ser concebidos como se estatais fossem interesses com caráter e eficácia jurídica da atividade estatal. Assim, tanto atividade estatal pode ser exercida, por deliberação do Estado, autarquicamente, como a alguma atividade que não é necessariamente estatal pode ser atribuído, por deliberação do Estado, o caráter de atividade estatal, para que eficácia e resultados sejam como os da atividade estatal. Há, aí, a paraestatalidade, não a estatalidade.

Na autarquia há de existir o elemento subjetivo, quase sempre a personificação, mas, também, essencialmente, o elemento objetivo, que é a atividade administrativa. Há independência, pela redução, tanto quanto possível, da intromissão do Estado, sem que se afastem as espécies em que o poder legislativo permanece somente com o Estado (há autarquia, sem muita autonomia, mesmo se se dá à autarquia a regulação interna; porém não autarquia que fique fora de toda a atividade legislativa do Estado).

Muito diferente de *a)* fazer-se público um serviço que não o era; ou *b)* criar serviço público; ou *c)* atribuir-se a alguma entidade a prestação de algum serviço público; e *d)* tornar-se autarquia a atividade estatal, ou *e)* paraestatalizar-se alguma atividade. Exemplo de *a)* teve-se no Lóide Brasileiro, que a Lei n0 420, de 10 de abril de 1937, incorporou no patrimônio nacional (cf. Decreto n0 1.708, de 11 de junho de 1937; Decreto-lei n0 9.339, de 10

de junho de 1946) e na Estrada de Ferro São Paulo-Rio Grande do Sul (Decreto-lei n0 2.073, de 8 de março de 1940; Decreto-lei n0 2.436, de 22 de julho de 1940).

A autarquia refere-se à *arquia* e à *autodireção.* Nenhuma referência se faz à estatalidade ou à paraestatalidade para se distinguir do estatal o paraestatal. Assim, a discussão sobre ser paraestatal, ou estatal, a autarquia, é sem razão de ser; porque há a autarquia de entidades a que se atribuem poderes e serviços tipicamente estatais e autarquia de poderes e serviços que se exercem *como* se fossem estatais. Se os poderes e serviços são do Estado e foram dados a alguma entidade, que assim corta o Estado, há autarquia. Se os poderes e serviços não são necessariamente do Estado, por haver regra jurídica constitucional dispositiva a respeito, mas o Estado entende que a entidade que os tem a seu cargo pode proceder como o Estado procederia, há a paraestatalização. A definição de paraestatal como se abrangesse as entidades concessionárias de serviços públicos ou ao público seria errônea. Dar-se-ia o mesmo com a que supusesse haver sempre o elemento essencial da coextensão territorial com o Estado. Mais ainda: a paraestatalidade não supõe menor subordinação; há o paraestatal subordinado, e o paraestatal autárquico. O que importa é equiparabilidade ao Estado; sem se tornar Estado, porque quem equipara (de *aequipuro)* não identifica; há par, e não unidade.

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

A paraestatalidade supõe que o serviço não seja necessariamente do Estado,

porque, se o é, há estatalidade, e não paraestatalidade. Se nos restringimos à menção dos serviços a que se refere a Constituição de 1 967,'~ temos que qualquer autarquia com função de força armada, segurança nacional, polícia, repressão ao tráfico de entorpecentes, censura de diversões públicas, emissão de moeda, fiscalização de operações de crédito, capitalização de seguros, plano nacional de viação, é autarquia de atividade estatal. A autarquia de serviços de telecomunicações, de serviços e instalações de energia elétrica, de navegacão aérea, transportes marítimos e em fronteiras nacionais, ou interestaduais, ou entre Estados-membros e o Distrito Federal ou Território, ou entre Territórios, ou entre o Distrito Federal e Território, são autarquias paraestatais, porque tais atividades podiam ser do Estado, sem autarquização, ou de empresas concessionárias, o que lhes retiraria a ligação ao Estado, mesmo que se trate de sociedade de economia mista. Todas essas autarquias são federais. Há serviços que não são estatais nem dependentes da autorização ou concessão do Estado, mas o Estado os chamou a si (Constituição de 1967, com a Emenda n0 1, ari 163 e parágrafo único)'4 e, sem o elemento de *imperium,* fez atividade de autarquia, paraestatalizando-os.

A autarquia cuja atividade não é estatal, mas sim paraestatal, pode ser criada pelo Estado, como pode ser chamada a si pelo Estado, sem se tornar repartição ou órgão (a arcia que existia fez-se, em relação ao Estado, autarquia).

A personalidade jurídica não é essencial, posto que se facilite a atividade autárquica com a personificação, e esse elemento seja a regra. Por isso, pode haver pluralidade de personificações, como se passa com as Caixas Econômicas Federais.

O *imperium* é indelegável; mas as entidades autárquicas supõem a função do Estado em entidades que se independentizam até certo ponto, razão por que ou são estatais ou o Estado as tornou *como* estatais, à semelhança do Estado, paraestatais. Nas autarquias há elemento *imperium,* não delegação de *imperium;* se há autarquia, estatal ou paraestatal, o elemento de *imperium* é necessariamente comum. Por isso, há a autarquia, expressão em que se alude à auto-regulação em relação ao Estado, de que é parte.

A definição que apareceu no Decreto-lei n0 6.016, de 22 de novembro de 1943, ari 20, não era errada, posto que a expressão "serviço estatal" mais corresponda a interesse estatal e possa ter havido paraestatalização: "Considera-se autarquia,

para o efeito deste decreto-lei, o serviço estatal descentralizado, com personalidade de direito público, explícita ou implicitamente reconhecida por lei". Após a Constituição de 1946, ari 77, II, que atribuiu ao Tribunal de Contas julgar as contas "dos administradores das entidades autárquicas", a Lei n0 830, de 23 de setembro de 1949, ari 139, explicitou:

"a) o serviço estatal descentralizado, com personalidade jurídica, custeado mediante orçamento próprio independente do orçamento geral; *b)* as demais pessoas jurídicas especialmente instituidas por lei, para execução de serviço de interesse de qualquer natureza ou por outros recursos oriundos doTesouro". Ali, evidentemente, se pressupõe a estatalidade *(verbis* "serviço estatal"); aqui, a parestatalidade. Não se referiu, nem se precisaria referir, por estar necessariamente subentendido, o elemento de controle pelo Estado que não pode ir além dos limites para que exista autarquia. O que é essencial, além da direção e da atividade próprias, é o serviço público, estatal ou paraestatal. Adveio o Decreto-lei n0 200, de 25 de fevereiro de 1967, ari 50 1, que o Decreto-lei n0 900, de 29 de setembro de 1967, atingiu, e nele se fala de "serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas de Administração Pública, que requeriam, para um melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizadas".

O Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico, criado pela Lei n0 1.628, de 20 de junho de 1952, é empresa pública federal, não é autarquia.

A Embratel (Empresa Brasileira de Telecomunicações) que resultou da Lei n04.1 17, de 27 de agosto de 1962, ari 42, §§ 1o~6o, poderia deixar dúvida sobre ser autarquia, ou não ser autarquia, mas a leitura do ari 42 e dos §§ 10 e 60, logo nos revela que se trata de autarquia. Lê-se na Lei n0 4.117, de 27 de agosto de 1962, ari 42: "É o Poder Executivo autorizado a constituir uma entidade autônoma, sob a forma de empresa pública, de cujo capital participem exclusivamente pessoas jurídicas de direito público interno, bancos e empresas governamentais, com o fim de explorar industrial-mente serviços de telecomunicações postos, nos termo da presente lei, sob o regiíne de exploração direta da União." No § 1~. "A entidade a que se refere este artigo ampliará progressivamente seus encargos, de acordo com as diretrizes elaboradas pelo Conselho Nacional de Telecomunicações, mediante: *a)* transferência, por decreto do Poder Executivo, de serviços hoje executados pelo Departamento dos Correios e Telégrafos; *b)* incorporação de serviços hoje explorados mediante concessão ou autonzacão, à

medida que estas sejam extintas.” No § 20: “O Presidente da República nomeará uma comissão para organizar a nova entidade e a ela incorporar os bens móveis pertencentes à União, atualmente sob a administração do Departamento dos Correios e Telégrafos aplicados nos serviços transferidos.” No

* 30: “A entidade poderá contratar pessoal de acordo com a legislação trabalhista, recrutado dentro ou fora do país, para exercer as funções de natureza técnico-especializada, relativas à instalação e uso de equipamentos 15Só excepejonaimente, se fará, nestas notas, a atualização de textos legais náo processuais, ou referidos pelo autor para fins de mera ilustração, ou indicação histórica.

especiais.” No § 40: “A entidade poderá requisitar do Departamento dos Correios e Telégrafos o pessoal de que necessite para o seu funcionamento, correndo o pagamento respectivo à conta de seus recursos próprios.” No §50:

“Os recursos da nova entidade serão constituídos: *a)* das tarifas cobradas pela prestação de seus serviços; *b)* dos recursos do Fundo Nacional de Telecomunicações criado no ari 51 desta lei, cuja aplicação obedecerá ao Plano Nacional de Telecomunicações elaborado pelo Conselho Nacional de Telecomunicações e aprovado por decreto do Presidente da República; *c)* das dotações consignadas no Orçamento Geral da União; ti) do produto de operações de crédito, juros de depósitos bancários, rendas de bens patrimoniais, venda de materiais inserviveis ou de bens patrimoniais.” E no § 60:

“A arrecadação das taxas de outras fontes de receita será efetuada diretamente pela entidade ou mediante convênios e acordos com órgãos do Poder Público.”

As Caixas Econômicas, desde o Império (Decreto n0 2.723, de 12 de janeiro de 1861), foram autarquias, em que a paraestatabilidade era evidente, sob a ‘jurisdição” *(sic)* do Ministério da Fazenda (Decreto n0 19.834, de 8 de abril de 1931, artigo único; Decreto n0 24.427, de 19 de junho de 1934, ari 10: “As Caixas Econômicas Federais destinam-se a receber em depósito, sob a responsabilidade do Governo Federal, e em todo o território brasileiro, as economias populares e reservas de capitais; para as movimentar, incentivar os hábitos de poupança e, ao mesmo tempo desenvolver e facilitar a vinculação de riquezas, tudo nos termos deste regulamento”; ari 20, parágrafo único: “O patrimônio, serviços e negócios das Caixas Econômicas Federais ficam isentos

de impostos, taxas e emolumentos ou outros quaisquer tributos federais; gozando, também, das isenções cabíveis aos serviços ou instalações públicas federais, em face dos Estados e Municípios").

A Comissão de Marinha Mercante que recebeu o poder de fixar as tarifas para os transportes marítimos nacionais (Decreto-lei n0 3.100, de 7 de março de 1941, arts. 1º e 20) e o Departamento Nacional de Portos e Vias Navegáveis que fixa as tarifas dos serviços portuários (Lei n0 4.213, de 21 de fevereiro de 1963, art 60), são autarquias: os serviços são estatais.

As Universidades Nacionais são autarquias (Lei n0 4.024, de 20 de dezembro de 1961, art 81; cf. Adroaldo Mesquita da Costa, Parecer do Consultor-Geral da República, *D.O.*, 25 de maio de 1965, 4962 s.). Idem, quanto ao Instituto dos Advogados Brasileiros (Decreto n0 19.408, de 18 de novembro de 1930, art 17; Decreto n0 22.478, de 20 de fevereiro de 1933, arts. 10e 20).

O Conselho Federal de Contabilidade é entidade autárquica (Decreto lei n0 9.295, de 27 de maio de 1946).

Na Lei n0 5.010, de 30 de maio de 1966, ari 10, apenas se falou da União e de entidade autárquica federal. Na Constituição de 1967, ari 125, 1, alude-se a "entidade autárquica ou empresa pública federal",'6 daí ser de grande relevância fixar-se o conceito de empresa pública federal.

(e) *Empresa pública federal* é a empresa pública ligada à União. A expressão "empresa pública" está, no ari 125, 1, da Constituição de 1967,'~ em sentido restrito, de modo que não se pode, de jeito nenhum, incluir no conceito a figura da autarquia. Com isso, o legislador constituinte repeliu a inserção das autarquias na classe das empresas públicas. A empresa pública não é, necessariamente, empresa de direito público, a despeito de todo o seu capital ser de uma ou algumas entidades estatais.

O ari 125, 1, distingue, "entidade autárquica" e "empresa pública federal".'8 Preexcluídas estão, fora de qualquer dúvida, das empresas particulares de serviços *ao público.* O que se há de exigir é que se trate de empresa que o Estado criou, ou fez sua, sem a tornar autarquia. O controle da empresa pública pelo Estado, sem a estatalização ou a paraestatalização, não lhe tira a peculiaridade nem a publicidade, o que as distingue das "concessões".

Sociedade de economia mista é a sociedade em que participam do capital entidades e entidades não-estatais, pessoas físicas ou pessoas jurídicas. Nem todas são de igual participação das entidades estatais no capital social, como sócias, ou como acionistas. Algumas têm o capital em parte, que é de particularidades, e em parte, que é do Estado, correspondente à maioria ou a dois terços, ou outra fração majoritária, sendo inalienáveis, incedíveis, os direitos. Outras são de capital em que o Estado se satisfaz com menor percentual, com direito de escolher diretor, ou diretores, e direito de veto, ou, até, sem vantagens, exceto certo controle administrativo. A escala é infinita, tais as variações dos elementos. Temos de repelir a concepção dos que entendem que a mistidade publiciza, sempre, a sociedade de economia mista.

Erro mais grave é dos que vêem nas sociedades de economia mista autarquias. O Banco do Brasil S.A., não é pessoa juridica de direito privado, inconfundível com a pessoa jurídica de direito público, que é a União *(R. doS. T*

F., 26,307, 3~ e 4~ Câmaras da Corte de Apelação do Distrito Federal, 24 de janeiro de 1937 e 11 dejulho de 1938). Posto que haja interesses dessa, entrelaçados com os daquela, nas relações entre o Banco do Brasil e os seus 16Const. 88, ari. 109.1.17Enoari 109, I,daConst. 88.18Também o ali. 109, 1, da Const. 88.

clientes, os seus funcionários, ou quaisquer terceiros, o interesse da União não aparece o que aparece é o interesse do Banco do Brasil. É possível ter-se de aplicar o direito relativo aos funcionários públicos se os Estatutos do Banco do Brasil adotam tal direito, porém ter-se-á caso de *lei-conteúdo* de Estatutos, portanto, não lei, e sim Estatutos, o que se submete os empregados do Banco do Brasil a regras jurídicas relativas aos funcionários públicos não os faz funcionários públicos. Uma vez que isso se dê, a relação jurídica entre os empregados e o Banco do Brasil passa a ser semelhante à relação jurídica entre os funcionários públicos e as pessoas de direito público, posto que, então, *contratual estatutária.* Consequência disso, já foi não se aplicar a empregado do Banco do Brasil o ari 81 do Código Comercial (4~ Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 9 de junho de 1936).

O Presidente e os Diretores do Banco do Brasil, se nomeados pelo Governo, não são funcionários públicos, não exercem *cargo público.* Os atos deles, ao tempo do Governo Provisório de 1932-1934, também não se compreendiam naqueles

de que cogitava o ari 18 das Disposições Transitórias da Constituição de 1934.

Se a União é demandante, o foro é o em que tem domicilio a outra parte.’9 Pode dar-se que o demandado não seja domiciliado em qualquer parte do território nacional, mas apenas residente. Então, a despeito da comissão da Constituição de 1967, com a Emenda n0 1, ari 125, § 1º parte, que não cogitou da falta de domicílio, tem-se de considerar como se domicílio fosse o lugar da residência. No direito brasileiro, o Código Civil deu definição de domicílio e regulou a sua eficácia, sem que outros ramos do direito, como, por exemplo, o direito constitucional, ficassem adstritos às regras jurídicas, inclusive a definição. No ponto que nos interessa, que e do entendimento da Constituição de hoje, essa, como o Código de Processo Civil, recebeu o conceito tal como fixara a lei civil. De modo que não há discutir-se a matéria, tanto mais quanto o conceito é tradicional e as circunstâncias que podem causar espécies excepcionais estavam previstas na doutrina brasileira (cf. Meichior Febo, *Decisiones Senatus Regni Lusitaniae,* d. 197, n0 5; d. 34, ns. 10, 11 e 12; Álvaro Valasco, *Decisionum Consultationum ac rerum iudicatarum,* II, 418).

19Conforme o § l0do ari 109 da Const. 88, o foro é o da seção judiciária em que tiver domicilio a outra parte. O ari 110 dispõe que cada Estado, bem como o Distrito Federal constituirá uma seção judiciária, que terá sede na respectiva capital, e varas localizadas segundo o estabelecido em lei, acrescentando o parágrafo único que, nos territórios federais, a jurisdição e atribuições cometidas aos juizes federais caberão aos juizes da justiça local, na forma da lei. Igualmente omissa a Const. 88.

O princípio é o de estarem sujeitos à jurisdição do Estado todos os que se acham no seu território, porque ai é que estão os seus poderes de praticar, ou de omitir atos, e os seus bens. Onde o ser humano se encontra, é de onde partem todas as suas pretensões e a que afluem as pretensões dos outros. Isso, *in potentia*. Concretamente, em ato, a admissão em juízo depende de que se congreguem os pressupostos que a lei positiva exige. Essa, às vezes, não exerce toda a urisdição que interestatalmente ou supra-estatalmente lhe toca; outras, exorbita dos princípios delimitadores da competência jurisdicional interestatal. Na técnica legislativa dos Estados do tipo século XIX e começo do século XX, a tendência é para alargar a jurisdição sobre os nacionais e diminuí-la quanto aos estrangeiros. Em verdade, o principio de igualdade perante a lei ainda não conseguiu chegar até ai, a despeito da sua inserção nas Constituições.

(a) O *domicílio* é fato jurídico; não é simples acontecimento do fundo fáctico. Há suporte fáctico, em que um dos elementos é o haver *centro* (ou haver *centros)* das relações sociais, não só jurídicas, da pessoa, suporte fáctico, que o direito recebe como fato jurídico. Quase sempre corresponde com o lugar em que se habita, com a *residência;* mas pode haver duas residências, ou mais, e um só domicilio, ou pluralidade de domicílios, e uma só residência, ou pluralidade de domicilios e de residências, ou haver uma ou mais residências e um ou mais domicílios, sem que coincidam. Por outro lado, pode haver um domicílio civil e outro comercial, um domicilio para o direito público e outro para o direito privado. A importância do domicilio é quanto à competência jurisdicional (foro), quanto à competência dos oficiais públicos para certos atos jurídicos, e ao lugar de cumprimento das obrigações; mas, principalmente, nas relações internacionais, para determinação da lei pessoal. Pode ser necessário *(domicilium necessarium),* ou ser voluntário *(domicilium voluntarium).* O elemento fáctico mais relevante é o fato de estabelecer-se alguém, permanentemente, num lugar, sem ser preciso que seja para sempre. A temporariedade exclui o fato; bem assim, o simples estabelecimento por experiência, ou ensaio. Os senadores e deputados que somente vêm à capital, para as sessões da câmara, ou das câmaras, têm residência, não domicilio na capital; a pessoa que se interna em hospital de outro lugar, para tratamento, não troca de domicílio; nem o serviçal que se emprega, residindo na casa do patrão, salvo se não tem outro domicílio, adquire domicílio no lugar do emprego.

Mas pode haver domicílio sem presença; *e.g.,* o comerciante em São Paulo, que reside no Rio de Janeiro, nem por isso perde o domicílio.

O domicílio é ato jurídico *stricto sensu* (se voluntário), ou é fato jurídico (se necessário), porque, ainda quando seja o domicílio voluntário de outrem, não há confundir-se o ato jurídico *stricto sensu* do que escolheu com o fato jurídico, um de cujos elementos é o domicílio de outrem. O domicilio do militar não é ato jurídico *stricto sensu;* é fato jurídico. O domicilio da mulher casada é fato jurídico, e não ato jurídico *stricto sensu.* Nem é o domicílio da pessoa absolutamente incapaz; é fato jurídico, ainda se o escolheu antes da incapacidade. Então, passa a ser legal.

Todos têm domicilio, ainda o vagabundo, o que não tem residência, nem morada *(princípio da cogência do domicílio).* Não há ser humano sem domicilio; se não se sabe qual seja ou se a pessoa já morreu, é o último *(princípio de conservação do domicílio).* À diferença de outros sistemas jurídicos, o direito brasileiro não admite a falta de domicílio. Toda pessoa tem domicilio. Se pessoa física, por força da necessidade da jurisdição; se pessoa jurídica, porque um dos pressupostos necessários do registro para a personificação é a declaração da sede.

Se as leis penais ou outras leis se referem a "pessoa sem domicilio", trata-se de conceito especial de domicílio (cf.

Julius Levy, *Begriff des Wohnsitzes,* 134; Max Bergheim, *Der Wohnsitz,* 16), quase sempre o de pessoa que não tem residência, e só tem pousadas. O Tribunal de Apelação de Pernambuco, a 25 de março de 1946 *(A.F.,* 20, 339), por influência de leituras estrangeiras, não atendeu a que o Código Civil adotou o princípio de que há sempre um domicílio.

Admite-se, no direito brasileiro, a pluralidade de domicílios, repelida a solução do Código Civil francês, ari 102.

Houve, na doutrina romana, quem sustentasse o *princípio da unicidade de domicílio* (cf. L. 5, D., *ad municipalem et de incolis,* 50, 1: "Labeo indicat eum, qui pluribus locis ex aequo negotietur, nusquam domicilium habere: quosdam autem dicere refert pluribus locis eum incolam esse aut domicilium habere: quod verius est"). Labeão pensava assim, mas já nos dava noticia de quem sustentasse o princípio da pluralidade de domicílios, o que Paulo (L. 6, § 2) e Ulpiano (L. 27, § 2) adotaram. Discute-se se houve interpolação nos textos; porém nenhuma

procedência tem a arguição. O princípio da unicidade que o ari 102 do Código Civil francês inseriu foi regressivo para aquém de Paulo e de Ulpiano, pelo menos. Ao começo do século 1.

(b)Residência é conceito jurídico, que alude a elemento fáctico. Se, por exemplo, demandado não tem domicilio no Brasil, é no foro da sua residência que se hão de propor as ações para as quais é competente o foro do domicílio. Se não tiver domicílio, nem residência, no Brasil, nem no tiver o autor, em qualquer foro. A morada pode-se tornar conceito jurídico. Não há, porém, no direito civil e no comercial brasileiros, qualquer regra jurídica que possa justificar considerar-se fato jurídico a simples morada. Está em

pleno mundo fáctico. Por exemplo: reside A no prédio da rua A, mas dorme, como, vive, ou no escritório ou em casa de algum amigo, lugar em que pode ser encontrado, porém não é o da sua residência (com telefone, criados, recepções, etc.). Se a residência é com ânimo definitivo (não necessariamente para toda a vida), perfaz o domicílio: ao suporte fáctico do domicílio bastam residência + ânimo definitivo de residir. Por aí se vê que a residência pode ser simples ato-fato jurídico. Se há duas ou mais residências com ânimo definitivo, há dois ou mais domicílios. Se a residência não é acompanhada de ânimo definitivo, nem por isso deixa de ser residência. Se a pessoa não pode somente por si constituir domicilio, como se dá com o incapaz, ainda o relativamente incapaz, o fato da residência não supõe o suporte fáctico do domicílio. O menor de dezesseis anos, que residia com a mãe, sendo titular do pátrio poder o pai, ou estando sob tutela, ou curatela, continua de residir no lugar em que residia a mãe morta, porque para a continuação da residência não é mesmo preciso ato jurídico *stricto sensu.* Se, após calamidade, o menor de dezesseis anos ou o louco se refugia em alguma casa e aí permanece, esse lugar é o da sua residência, porque basta ato-fato jurídico para se compor residência; ainda que outro seja o lugar do domicílio legal. O menor que foi internado pelo juiz no colégio reside no colégio, ainda que tenha outra residência.

(c) A *morada* é fáctica, mas o direito público pode fazê-la fato jurídico. O que está de passagem na cidade e toma quarto de hotel, à espera de novo avião, ou de trem de transbordo, mora, não reside. Tal lugar é aquele em que no momento se encontra. Mas há morada por longo tempo, *e.g.*,*a* do pintor que tem o seu lugar de trabalho e repouso na água-furtada de prédio vizinho ao da sua residência.

De domicilio muda-se quando se deixa a um para se constituir outro. Se se constituiu outro por se ter de deixar a um, ou a algum, ou alguns, ou a todos, não se mudou: a intenção de vir a deixar não é intenção de deixar; quando um começou, o outro ou outros não acabaram.

Existe conceito especial de domicilio, que é aquele que o direito fiscal estabelece para se saber onde se tem de se considerar, para efeitos de incidências dos impostos, domiciliadas as pessoas. Se tal domicilio fiscal somente foi estabelecido pela lei fiscal,não se pode pretender que estabeleça competência processual.

Domicílio de quem falece no estrangeiro e era domiciliado no Brasil (mesmo se havia pluralidade de domicílios) há de ser considerado o do Brasil.

Domicílio da União é o Distrito Federal. O dos Estados-membros, as respectivas capitais. O do Município, o lugar em que funciona a administração municipal. As outras pessoas jurídicas têm como domicílio a sede. A pessoa jurídica pode ter mais de um domicílio, à semelhança da pessoa física. Tem-se, portanto, de evitar, nesse ponto, influência da leitura de livros estrangeiros, quando a legislação estrangeira exige a unicidade de domicilio. Lugar em que funciona a pessoa jurídica não é só o em que se administram os bens, e sim o em que se trata dos negócios da pessoa jurídica. Pode não ter ela qualquer bem sito na sede e pode, aí, não administrar, diretamente, o patrimônio. Na dúvida, tem-se por sede (L. Enneccerus, *Lehrbuch*, 1, 101) o lugar de onde se exerce a atividade da sociedade de fins benéficos (contra Ernst Isay, *Die Staatsangehõrigkeit der juristischen Personen*, 93 s.; C. P.

Wiedemann, *Beitrãge*, 385).

Surge um problema. No Código de Processo Civil, ari 100,1V, fala-se do foro do lugar e, no parágrafo único, da alternativa (foro do domicilio ou foro do lugar). As regras jurídicas do ari 100, IV, como as demais regras jurídicas dos arts. 88-1 11, têm de ser atendidas, respeitada a Constituição.

5. Estrutura do direito processual civil A estrutura do processo civil depende, de muito, e através de sua história se nota, da relação entre a comunidade e os homens, quer seja tal ajustamento ou inspiração a forma mesma dessas relações, quer resulte da experiência da vida (prática, praxe), quer provenha de solução

técnica, através de doutrinas e sugestões políticas. Não se pode negar a Adolf Wach ter visto, com acerto, o que há de linha discriminativa no processo civil, quanto à esfera do poder público e à esfera das pessoas que exigem o que lhes toca, porém não se poderia elevar essa observação parcial à categoria de *concepção da natureza do processo*, tal como aparece no *Handbuch* (1, 12 s.). Não se pode negar ter tido razão Franz Klein em apontar no processo civil norma do poder público para a proteção dos interesses da coletividade e dos bens jurídicos dos indivíduos; mas há o direito público das pessoas a que se limite o poder público e há o interesse do Estado na realização de seu direito objetivo. Há direito público subjetivo a que não se deixem sem satisfação as pretensões de direito material, razão por que se têm contra as leis que as firam sanções como a do ari 153, § 40 da Constituição de 1967, com a Emenda n0 1.2! Tinha todo fundamento a frase de Georg Jellinek *(System*, 2a ed., 124) em que considerava a pretensão à tutela jurídica atributo essencial da personalidade. Desde o instante em que o Estado se fez monopolizador da Justiça, passou a dever justiça.

1. Conceito de lei e espécies de leis *Lei* ou *direito objetivo* é o que estabelece, como regra geral, abstrata, o homem, o grupo de homens ou os eleitos do povo, ou, diretamente, o povo, com a função de regular a atividade dos cidadãos e dos órgãos do poder público. A lei ou atribui aos sujeitos bens da vida, ou provê à conservação do *status quo* ou à criação e conservação de nova ordem jurídica. Nela se refletem os fatores econômicos e as situações psíquicas do lugar e do momento, em cada povo; donde a importância das leis como índices do estado de evolução econômica, das circunstâncias do domínio dos homens pelos outros homens e dos depósitos psíquicos e culturais.

O direito subjetivo é atribuição de um bem da vida, quando a lei o garante. O que o caracteriza é a subjetividade combinada com a incidência concreta da lei. As alusões à vontade geral da lei e vontade concreta, que corresponderiam ao direito objetivo e ao direito subjetivo, denunciam visão *por dentro* dos fatos sociais e a generalização de interpretações voluntaristas da lei, herdada de tempos despóticos e mantida até mesmo em J. J.

Rousseau e seus seguidores.

O elemento vontade está presente, em maior ou menor porção, nas regras jurídicas, mas o simples fato de tender a desaparecer mostra que não é essencial a elas. Os direitos subjetivos realizam-se, de ordinário, pela prestação de um

sujeito a outro. Casos há, porém, em que a lei incide e se concretiza sem que haja essa prestação entre sujeitos particulares. O processo serve à aplicação da lei que *incidiu,* sem que o obrigado cumprisse a sua obrigação, ou para aquela *realização* de direito objetivo sem sujeito particular da obrigação, o que se verifica em muitos casos de sentença constitutiva. Num e noutro caso, é o Estado que se incumbe disso, e reconhece aos sujeitos o direito de lhe pedir que "concretize" a regra abstrata. É a "ação" (processual) que nada tem, portanto, com a ação de direito material, mediante o exercício da qual se forma a relação jurídica processual. Aí, o Estado está *iure imperii;* e não *iure gestiOfl is,* como se o chamamos a juízo, perante os seus próprios juizes a que ele pelo principio da diminuição do quanto despótico, chegou a submeter-se.

A lei incide sobre fatos. Somente sobre fatos poderia incidir. Porque a lei cogita de constituir, impedir, extinguir e modificar; de modo que a sua técnica fundamental é a de atribuir a fatos esses efeitos. Donde os fatos constitutivos, extintivos, impeditivos e modificativos. Os fatos são constitutivos ou impeditivos segundo servem à causação ou à exclusão de conseqüências . O fato constitutivo pode ser estranho ao homem, como o desmoronamento do morro ou íntimo a ele, como a boa-fé. Um dos processos técnicos da lei é considerar que todo fato que acontece com extrema frequência, *quod plerum que accidit*, acontece "sempre", ou se há de presumir que aconteça.

Lei processual é a que regula a constituição, o desenvolvimento e a terminação da relação jurídica processual. Está no Código de Processo Civil, nas leis processuais que ele não revogou, nem derrogou, nas leis que o alterarem ou alterem, e nas regras de direito processual que se revelem segundo o método de fontes e interpretação do direito processual, principalmente as que servem a receber, sem apropriação, o direito material, privado ou público. A lei processual é, quase toda, direito formal, e ramo do direito público. O fato de ser formal não tira ao direito processual o gerar direitos de ordem material, dentro da sua formalidade fundamental. Em princípio, as regras de direito processual são *cogentes,* se se referem à forma ou a prazos; a *dispositividade* é exceção. As normas dispositivas de direito processual quase sempre atendem à renunciabilidade aos benefícios *(e. g.,* maior segunraça, que a lei criou), ou a que está a disciplinar atos possíveis das partes, que pelas circunstâncias, estejam em melhores situações para escolher o caminho a ser tomado. Diante de três interpretações da mesma norma, uma que a tem por imperativa, e outra,

dispositiva, e a terceira, interpretativa, ou de duas delas, é princípio de interpretação das leis processuais que se prefira a que lhe atribui cogência. As normas processuais dirigem-se, de ordinário, ao juiz, que preside ao processo e vai entregar, pelo Estado, a prestação jurisdicional. Ora, as normas dispositivas dirigem-se, *antes,* às partes, para lhes dizer que, se procederem de certa maneira, atuam, e, se não procederem, o texto incide e obriga o juiz. É a "incidência" da parte normativa que aí se condiciona. Exemplos: as regras sobre competência, no caso de continência ou conexão, ou de fixação da competência em caso de acordo das partes; as regras jurídicas sobre prazos não peremptórios, que admitem prorrogação consensual, ou prevista em lei. As regras jurídicas sobre defeitos da citação não são dispositivas: o comparecimento sana a nulidade, o que é outra coisa.

(a) A distinção *ias cogens e ius dispositivum* concerne às relações entre a lei e as partes, e não entre a lei e ojuiz. A regra é toda ela, a regra, talvez

não explícita, que diz "salvo se a parte preferir o contrário", "pode a parte", etc., e a regra que incidirá e será aplicada pelo juiz, se a parte ou as partes não dispuserem. O juiz está obrigado ao todo.

(b) Notar-se-á exatidão desse raciocínio se considerarmos certas regras que, sendo imperativas~ ou dispositivas, não importa, são suscetíveis de outra distinção, fundada na relação da lei com ojuiz: as regras marcantes, rígidas, *pleni- eficazes (vollwirksame Normen)* e as *instrucionais,* a cujas violações correspondem sanções legais diferentes.

Aí, ambas as classes são, para o juiz, imperativas.

As duas distinções são extremamente importantes para os juizes e as partes, que muitas vezes erram pelas confundir. No que se refere às regras jurídicas imperativas e dispositivas, o direito processual caractenza-se, comparado, por exemplo, com o direito civil, pela preponderância, em número, das regras imperativas (Leo Rosenberg, *Lehrbuch,* 17). Aliás, dentro do direito civil, mostramos, há decênios, que o direito de família énumericamente mais imperativo que o das obrigações, e esse ainda menos que o das coisas, o da sucessão legítima e o da sucessão testamentária (em escala). No que se refere às regras pleni-eficazes e instrucionais, o princípio também é o de serem pleni-eficazes, em maior número, as regras de direito processual, do que o serem

instrucionais. As formas, por exemplo, são sempre relevantes; e as exceções a esse princípio da relevância de todas as formas, muito poucas. As normas sobre competência seguem a mesma condição. E as duas classes quase exaurem o direito processual. As *regras instrucionais* não asseguram direito às partes, nem lhes criam deveres; nem há recursos para o caso de serem infringidas. Podem suscitar somente penas disciplinares e provimentos correcionais. As regras jurídicas pleni-eficazes, não: delas resultam, quase sempre, direitos e deveres. Para o juiz, todas são obrigativas; nem seria de admitir-se que aí estivesse reflexo da corrente distinção entre "vontade" e

"desejo" do legislador (Rudolf Pollak, *System,* 95), quando a lei mesma torna essa atitude inadequada, de simples recomendação.

(c) Terceira distinção é entre as *regras completas <vollstãndige Normen)* e as *regras de arbítrio (Ermessennormen).* O princípio da técnica legislativa e de interpretação das leis é o de que todas as regras jurídicas processuais são completas; salvo se a lei diz "pode", "é facultado", "se quiser", "quando entenda" (W. Windelband, *Praludien* 1, 29, sobre a distinção, no terreno filosófico; M. Rumpf, *Gesetz and Richter,* 46; Rudolf von Laun, *Das freie Ermessen,* 20, sobre o elemento ético jurídico). A lei faculta e regula porque "se" acha "bom": ou ela, ou a praxe, entende valorar o facultado.

Deve-se ter em vista que as regras de arbítrio, quando são regras jurídicas processuais e o arbítrio é o do juiz, lhe concedem certo espaço para que verifique se, no caso concreto, deve segui-la. Esse espaço não é tão grande quanto se tem pensado, nos regimes absolutistas do passado; nem se admite o arbítrio absoluto. O próprio RudolfPollak *(System,* 95, 96), que definiu regra de arbítrio como aquela em que o juiz tem *exame completativo (ergánzende Prtefung),* em sentido semelhante ao de que usamos quando dizemos que completamos as lacunas da lei, para verificar se *in concreto* deve ser aplicada, foi combatido por Rudolf von Laun *(Das freie Ermessen,* 20, 21), porque, por mínima que seja a subordinação do juiz na apreciação do caso, subordinação há, e deve haver. O em que Rudolf von Laun não tem razão é em negar a existência da distinção. A doutrina francesa foi sacrificada pela tricotomia de J. Renault *(Des Actes discrétionnaires,* 59 e 62), que distinguia os atos de livre apreciação incontrolada, os que, praticados, não produzem nulidade (!) e os que, praticados, para serem destruidos, precisariam de ser atacados. Nada mais antijuridico. Também Ernest Freund *(Thepolice Power,* 198, 675, 747 s.) distinguiu, com razão, "arbitrary

power” e ‘judicial discretion”. O que é preciso é não se transplantarem para o campo do direito processual os conceitos que se compuserem para o direito administrativo. O juiz não é administrador quando o seu ato não é de administração. F. Stier-Somlo *(Das freie Ermessen,* 454 s.) frisou a inconfundibilidade entre o conceito de direito judiciário e o de direito administrativo. Nós mesmos chamamos a atenção para o fato de que, no sentido da evolução, enquanto aquele arbítrio perdia “espaço” livre, esse também o perdia, e ambos, sob a necessidade de se conformar a administração a planos econômicos, tendem a negar-se como arbítrio. O administrador do futuro não terá mais que arbítrio judicialiforme. Não se trata de volta, ou regresso; porque a própria formulação da lei perde a arbitrariedade que tinha.

Quando o juiz, nas regras de arbítrio, resolve, enchendo o *branco* que o legislador deixou, ele não legisla ele

“aplica”, porque esse *branco* não é vazio de regra jurídica, que deva ser cheio de alguma regra, feita pelo juiz, ou de *qualquer* ato dele. Rigorosamente, seria *cinzento,* e não *branco,* o espaço que deixou vago. Por isso mesmo fracassam as chamadas *teorias das regras em branco.*

Quanto a não ser de *paro arbítrio* o que se deixa “ao arbítrio do juiz”, o direito luso-brasileiro cedo o enunciou: nas Ordenações Filipinas, Livro III, Titulo 19, § 15, Titulo 20, * 4, Titulo 54, § 3, Livro IV, Titulo 58, § 2, a legislação reinícola sempre evitou o arbítrio puro. Daí tirarem os juristas que “o que se deixa ao arbítrio do juiz deve sempre regular-se pelo que é justo e de razão”.

Bacon, no Aforismo 8, enunciou que as regras completas são melhores do que as de arbítrio e, *afortiori,* do que o arbítrio puro (hoje excepcionalíssimo), quando escreveu: “Optima lex quae minimum relinquit arbitrio iudicis.” O arbítrio judicial nunca é absoluto. As próprias *ações arbitrárias* do direito romano *(“ex arbitrio iudice pendentes, in qaibas, nisi arbitrio iadicis is, cum quo agitar, acto ri satisfaciat”),* dependentes do arbítrio do juiz e pelas quais se condenava aquele que não satisfazia o mandado do juiz, eram julgados *ex bono et aeqao;* e *ex bono et aequo* o proprio preceito. Manuel Álvares Pêgas *(Resolutiones Forenses,* II, 828) escrevia: *“...arbitrium iadicis secandam ias debet regalari...*

No direito processual civil, há regras jurídicas *co gentes,* que incidem sempre que lhes ocorram os pressupostos (=

se lhe componha o suporte fáctico), razão para que as aplique o juiz quando lhes encontre o suporte fáctico, ainda que não haja a consequência da inexistência, ineficácia ou invalidade dos atos processuais que as infrinjam. E há as regras jurídicas provocáveis, que são aquelas que podem ser observadas, mas deixam às partes poderem afastar-se delas, ou ao juiz permitem certa margem de arbítrio.

2. Conteúdo do Código de Processo Civil O Código de Processo Civil compõe-se de cinco livros: Livro 1. Do processo de conhecimento. Título 1. Da jurisdicão e da ação. Titulo II. Das Partes e dos Procuradores.

Título III. Do Ministério Público. Título IV. Dos órgãos judiciários e dos Auxiliares da Justiça. Título V. Dos atos processuais. Título VI. Da formação, da suspensão e da extinção do processo. Título VII. Do processo e do procedimento. Título VIII. Do procedimento ordinário. Título IX. Do processo nos Tribunais. Título X. Dos recursos.

Livro II. Do processo de execução. Titulo 1. Da execução em geral. Titulo II. Das diversas espécies de execução.

Título III. Dos embargos do devedor. Título IV. Da execução por quantia certa contra devedor insolvente. Titulo V.

Da remição. Título VI. Da suspensão e da extinção do processo de execução.

Livro IV. Dos procedimentos especiais. Titulo 1. Dos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa. Título II.

Dos procedimentos especiais de jurisdição voluntária.

Livro V. Das disposições finais e transitórias.

A Lei n0 5.925, de 10 de outubro de 1973 *(D. O.* de 2 de outubro), alterou o texto do Código de Processo Civil.

Adveio a Lei n0 6.014, de 27 de dezembro de 1973 *(D. O.* de 31 de dezembro) que adaptou ao Código algumas leis especiais. A Lei n0 6.071, de 3 de julho de 1974 *(D. O.* de 4 de julho), alterou algumas outras leis.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

LEI N0 *5.869,*

DE 11 DE JANEIRO DE 1973

O Presidente da República:

Faço saber que o Congresso Nacional decreta

e eu sanciono a seguinte Lei:

1. Processo civil *Processo civil é* a parte das formas pelas quais se leva o direito privado, bem como parte do direito público de repercussão privada, ainda estatal, à sua *aplicação.* Como tal, é objeto de um dos ramos do direito público: o direito processual. Não se pode ter noção do que seja direito processual sem se saber, antes, o que é, a rigor, Direito.

A vida social dos homens opera-se mediante processos sociais especificos de adaptação, de que são principais a Economia, o Direito, a Política, a Arte, a Religião, a Ciência e a Moral. O processo jurídico de adaptação emprega esquemas, que, nas formas sociais mais elevadas, se tornaram regras jurídicas escritas, ou não-escritas mas reveláveis, que a psique do grupo social tem como deterministicamente incidível, sem que possa ser defeituosa a incidência. Se A chega aos vinte e um anos, a lei brasileira torna-o capaz (= cessa a incapacidade por idade), se bem que A possa ignorar a idade que tem e outros a ignorem, ou talvez a ignorem todos os que vivem. Para A obter que se lhe declare a capacidade, tem A de pedir ao juiz que examine as provas que tem e da apreciação da matéria de fato conclua que foram preenchidos todos os requisitos para que A se repute capaz: A édomiciliado no Brasil; A foi batizado há vinte e dois anos ou A foi enjeitado em casa de B há vinte e um anos, sem que B o tivesse levado a registro. Esses elementos fácticos, esses requisitos de fato, compõem o *suporte láctico,* isto é, a massa de elementos sobre a qual incide a regra jurídica que “domiciliado no Brasil”.

Essa regra jurídica, como as outras, abstratamente recai e produz o fato de capacidade, tão pronto quanto se satisfaz o último elemento do *suporte fáctico:* “vinte e um anos”, fala de “domiciliado no Brasil”.

SANÇÃO DA LEI

Pode ser que C e D deponham falsamente sobre o domicilio de A, ou sobre ter sido A exposto há mais de vinte e um anos à porta de B. Então, o juiz pode declarar que A é capaz, sem ser verdade, como se poderia dar que negasse o fato do domicílio, ou da exposição há mais de vinte e um anos, e o juiz negasse a declaração, sem ser verdade que A não é domiciliado, hoje, no Brasil, ou que não tem vinte e um anos. O Estado é interessado em que a aplicação da lei coincida com a sua incidência e em que ao juiz se apresentem os fatos, tais como eles ocorreram, porque, sem a verdade do que é matéria de fato, nenhuma aplicação coincidiria com a incidência da regra jurídica.

(1) O Direito, como a Economia, a Política, a Moral, a Arte, a Religião e a Ciência, além da Moda e outros processos sociais de adaptação, é processo social de adaptação. Cada um deles possui qualidades específicas, suscetíveis de estudo por parte do sociólogo. O cientista que particularmente se ocupa com um deles pode submetê-

lo à observação e à experimentação, segundo métodos sociológicos, ou sócio psicológicos, ou pesquisar-lhe os critérios *com que* se desenvolve, como é o caso do jurista ao tratar dos assuntos jurídicos. Todavia, dentro do próprio domínio especial de cada um dos processos adaptativos, se faz sentir a atuação do que poderíamos denominar a *evolução dos métodos*, de modo que, ainda no terreno das regras jurídicas, das regras morais, da prática política, das convicções e ritos religiosos, da técnica econômica ou artística, bem como no plano dos próprios sentimentos e do pensar, há a passagem de períodos rudimentares, brutalmente empíricos, para outros períodos de maior dose de *intervenção da consciência*, quer pelo raciocínio, quer pela introdução do critério científico.

O processo civil, por exemplo, tal como hoje o temos, é produto recente na história humana. Nele mais vemos retratados os séculos que vêm da Grécia e de Roma e dos germanos para cá; e nele observamos as transformações por que vem passando, através deles, a consciência humana.

Entre si, os processos sociais de adaptação claramente se diferenciam, a despeito da interdependência entre eles e de acentuada tendência a equilíbrio e a harmonia, que se traduz, por exemplo, em crescente introdução do elemento científico em todos eles. Compreende-se isso pelo papel, realmente extraordinário, que desempenha a Ciência, com a característica de ser o processo social de adaptação mais rico de indicatividade e mais esvaziado de

imperatividade, o que permite a utilização dos seus indicativos por parte dos imperativos dos outros processos sociais de adaptação, e de ser aquele em que está, por bem dizer-se, o zero de instabilidade e defrenamento: enquanto a Economia, a Política e o Direito mesmo instabilizam, e a Arte, a Moral e a Religião frenam, a Ciência é como se fosse abstenção de frenare de instabilizar. Isso resulta, no campo social, do caráter mesmo do processo específico da Ciência, que se realiza por meio da procura e da exposição de indicativos. Sobre os processos sociais de adaptação, nossos livros *Introdução à Sociologia Geral* e *Método de Análise Sociopsicológica.*

Diante dos bens da vida, a forma primitiva de solução dos conflitos entre os homens, ou entre as entidades personificadas, foi a luta material. Ainda hoje, em povos que correspondem a tempos passados, persistem formas simbólicas das decisões por atos próprios. A medida que o Direito se substitui ao regramento com base exclusiva na força, não só aparece a magna função do juiz, como também princípios surgem que punem severa-mente o fazer-se justiça, por mais exata que seja, com as próprias mãos. Isso não significa que tenha desaparecido, de todo, ainda fora do terreno da posse, como se dá com os atos *permitidos* da cobrança direta, a justiça de mão própria.

Sobre o assunto, *Tratado de Direito Privado,* II, §~ 182, 191-201; III, § 346, 3; VI, §§ 628, 10, 650,2; X, §§ 1.069, 1.092, 1.100,1.1 14,1.117,2,l.118,5, 1.1211.125; XVII, § 2.104.

Quando aqui falamos de juiz, ainda não entendemos o poder diante daquele que faz a lei e daquele que a executa ou executa o ato do juiz: a princípio, a função de julgar ainda não era diferenciada, pertencia ao centro de simetria do grupo social, ao chefe, possivelmente a m dos planos sociais de simetria. Seja como for, a substituição da decisão em virtude de atos das próprias partes por decisão de pessoa estranha àquelas que discutem já constitui o início de longa evolução, que vem até nossos dias, porém que ainda está longe, cremo-lo bem, da sua forma perfeita. Ainda hoje, encontram-se normas jurídicas em que se autorizam atos próprios, o que significa reminiscência da luta material. Se as raízes e ramos de árvores ultrapassam a extrema do prédio pertencente a A, a lei permite que A os corte até o plano vertical divisório. Concede-se a “ação própria, à semelhança dessa, em outras situações jurídicas em que se faculta o matarem-se animais que estão a causar danos, maiores que o seu valor, nas plantações, e bem assim a violência necessária para se evitar outra, atual e injusta, ou para se evitar perigo

grave e iminente.

(II) O Direito divide-se em *direito material* e *direito formal.* O díreíto processual é *mais* direito formal. Direito material é o que estabelece as regras jurídicas que devem incidir nas relações entre os homens, quando tais relações não tenham por fito a realização de outras regras. Quando, porém,as regras jurídicas têm a missão de realizar o direito, quer se trate de direito material, quer de direito formal, pertencem elas ao direito formal. (É preciso que não se confundam direito material e "regra sobre conteúdo", nem direito formal e "regra de forma". Uma regra sobre forma, *e.g.*, sobre a forma que deve ter um contrato, é regra de forma, sem ser regra de direito formal. Uma regra de direito formal, de direito processual, pode ser regra jurídica sobre conteúdo, e não sobre forma. A precisão da terminologia evita erros sem conta, que afeiam algumas passagens de doutrina e de jurisprudência. Nem todas as regras de direito processual são formais. Quase todas o são. *Brevitatis causa,* considera-se formal todo o direito processual, sem grandes inconvenientes, se se presta atenção ao que surge, aqui e ali, de natureza material.) A lei processual estabelece pressupostos para que se possa estabelecer a relação jurídica processual e diz o que hão de fazer, em sucessão e coordenadamente, parte, juizes, serventuários e Ministério Público, com a finalidade de poder o Estado fazer, em forma de decisão, a prestação jurisdicional, que se deseja seja *justa.* Justa significa, para a sentença, ser tal, que a aplicação das regras jurídicas, ou da regra jurídica *in casu,* coincida com a incidência delas, ou da regra jurídica única que havia de ser aplicada. O processo é, portanto, *operação em seguimento,* durante a relação jurídica processual que se estabeleceu. As regras jurídicas processuais são o produto de longas experiências, milenares, em que se procurou, com observação dos fatos, lógica e bom senso, descobrimento de métodos e corrigenda de erros *(e.g.,* da prova do fogo, nas causas de adultério), alcançar o máximo, a cada momento alcançável, de solução impecável dos conflitos e de realização do direito.

A distinção entre direito processual e direito material é de grande importância prática. Os fins e os expedientes técnicos são diferentes. Alguns conceitos mudam, ao se passar de um campo para outro, como o de exceção. O

direito processual é, todo ele, direito público, e por vezes se publiciza o direito material heterotopicamente inserto nele, consistindo problema de iríterpretação das leis saber-se se tal inclusão anormal na lei processual foi explicitação simples, repetição usual, se bem que desaconselhável, no corpo das outras leis,

ou se implica publicização da regra jurídica de direito privado. Não raro, a regra jurídica heterotopicamente incluída também é de direito público, não surgindo, portanto, esse problema de interpretação das leis, mas surge outro, que é o de se saber se se tornou só de direito formal a regra jurídica, que era, ou que seria, de direito material.

Ainda quanto à parte ou alguma ou algumas das partes estatais, o direito processual civil trata-as igualmente, sem que tenha qualquer importância a diferença entre direitos, pretensões, ações e exceções, que tenham nascido no direito privado, e direitos, pretensões, ações e exceções, que tenham nascido no direito público. Nos juristas europeus, mesmo os mais avançados, ainda se não chegou à concepção do pleito cível, *lato sensu*, que é a do sistema jurídico brasileiro, em que se tratam pretensões de direito público, às vezes constitucional, como se tratam as pretensões de direito privado, só se reconhecendo a hierarquia das regras jurídicas (Constituição, leis ordinárias; leis, regulamentos, avisos, portarias), mas estabelecida a justiça igual sob lei processual igual, salvo exceções insignificantes, como a relativa ao processo executivo pelo Estado, no tocante a dívidas fiscais (cp. Ernst Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 1, 87, s.; contra, Gustav Boehrner, *Grundlagen der búrgerlichen Rechtsordnung,* 164 s.).

A ordem jurídica, a que corresponde o direito material, e a ordem da tutela dos direitos não são uma só: nessa, o Estado está em frente às pessoas que precisam da tutela jurídica, como devedor do que na Constituição e nas leis prometeu. Todo o processo tem por finalidade o adimplemento dessa promessa, com que se eliminou a primitiva justiça de mão própria.

Todo exercício da pretensão à tutela jurídica supõe dever do Estado de fazer a prestação jurisdicional, qualquer que seja essa (declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental, executiva); de cognição ou em execução forçada; em cognição completa, ou em incompleta cognição; quanto à decisão definitiva, ou não, em processo de medida mandamental, ou constitutiva, assecuratória ou não; de simples aplicação da lei, ou de arbítrio judicial, ou de desempate, ou de escolha de solução. O dever existe ainda se ojuiz apenas tem de dizer que não tem pretensão de direito material, *res in iudicium deducta*, o autor ou réu. Há dever de prestar a decisão, segundo as regras jurídicas processuais.

Diz-se *heterotópica* a regra jurídica que, sendo da natureza e classe A, está

incluída em lei ou outro instrumento jurídico em que só deveriam achar-se regras jurídicas da natureza e classe B. Exemplo: regra de direito processual que se inseriu no Código Civil, ou vice-versa. As regras jurídicas *sobre* as regras jurídicas de uma classe como as regras para a sua interpretação são as da classe a que em verdade pertencem. Outrossim, as regras jurídicas da classe A, heterotopicamente metidas na classe B, somente são revogadas ou derrogadas pelas regras posteriores da classe B, ou outra regra heterotópica. Também no plano do direito processual internacional, ou do direito internacional privado, somente se atende à natureza verdadeira da regra jurídica, *exceto* se o direito do Estado que dá a lei competente possui outra *qualificação* da regra jurídica. É supra-estatal a qualificação, se está em causa a determinação da competência mesma.

(III) É mediante o processo que o Estado consegue realizar o direito objetivo, inclusive (o que é de relevância notar-se) o direito processual mesmo. Daí, a importância a todo ponto considerável do direito formal, que somente espíritos mal-avisados e de meia-ciência procuram considerar de segunda plana. Não há nenhum motivo *a priori* para que se repute inferior ao direito material o direito processual. Certo, durante muito tempo, não se lhe deu aquela pujança a que, nos séculos passados, ascendeu o direito material, nos seus dois ramos, o público e o privado. Verdade é, no entanto, que muitos problemas de Filosofia do Direito e de direito público, bem como de Epistemologia jurídica, dependem de maior conhecimento da natureza e do caráter do direito processual. Por outro lado, no próprio plano político, é de se observar que o Estado moderno, essencialmente processualista, quer na jurisdição contenciosa, quer na jurisdição voluntária ou graciosa, quer na justiça, quer na administração, atribui função extremamente minuciosa e grave às regras jurídicas processuais. Se advertirmos em que a luta judiciária, substitutiva da luta material, somente se exerce dentro de formas que evitem o arbitrário dos juizes, facilmente compreenderemos o papel do direito processual no mundo em que vivemos.

Infelizmente, a despeito disso, os juristas dos últimos séculos, no terreno do direito processual, não se puseram à altura da nova missão do Estado, nem sequer, o guindaram à situação a que logrou elevar-se a ciência jurídica do direito material. A propósito,já tivemos ensejo de apontar as três causas de tal inércia, de tal atraso e de tal indiferença: *a)* certo romanismo superficial, que tendia a tudo resolver segundo apanhados didáticos, às vezes inexatos e quase

sempre deformadores, do direito processual romano, incomensurável com o dos sistemas hodiernos; *b)* a transplantação de categorias e raciocínios do direito privado material para o campo do direito processual, sem os transplantadores se darem conta da diferença da natureza entre os dois ramos do direito (um, privado; outro, público) e entre conceitos fundamentais, como direito objetivo, direito subjetivo, pretensão, ação, remédio processual; *c)* a opinião de ser de segunda ordem, não suscetível de tratação filosófica, nem das preocupações de alta dogmática, o direito processual.

Além disso, conturbou a evolução da nascente ciência o fato de se especializarem em processo advogados e professores discursadores, que, recebendo o elemento, precioso, das investigações alheias e das descobertas, se embriagavam com o fervor de dizerem coisas novas, para efeitos de cartaz. Algumas revistas davam impressão de casa de fogo de artifício, ou de bastidores de teatro de ópera.

Se as regras de direito objetivo pudessem realizar-se sem dificuldades, com perfeição por bem dizer consentida e mecânica, seria desnecessário o direito processual. Só existiria o direito material. Isso, porém, não é o que se passa.

Ou porque as leis sejam suscetíveis de leituras diferentes, ou porque sejam, de si mesmas, obscuras ou lacunosas, ou porque, no apreciálas, dado o temperamento de alguns indivíduos (o que hoje tem sido estudado em tipologia psicológica), tendam esses a ver, nos textos legais, ou nos arestos mesmos, ou nas regras interpretativas, somente o que “serve aos seus interesses”, verdade é que as lutas judiciárias são inevitáveis, e constituem produto mais ou menos constante das organizações sociais. Daí o problema *técnico da justiça*, o problema da *técnica do processo*, com as suas fases sugeridas por longa e multimilenar experiência humana.

(IV) Diante de duas pessoas que sustentam ter direito sobre um bem da vida (dizemos “bem da vida”, para que abranja o bem material, o interesse do pai sobre o filho, o direito do filho ou da mulher quanto aos alimentos, etc.), o que logo nos ocorre é ser *necessária* e *suficiente* a intervenção de terceira pessoa, que examine o caso concreto, e decida. Por mais simples que isso pareça, tal convicção social aparece, assaz tarde, na evolução do homem. É após longa intervenção de quase todos os processos sociais de adaptação, principalmente do Direito, da Moral, da Política e da Religião, que surge a missão do juiz. De

começo, esse juiz é o próprio governante, que simultaneamente, sem qualquer diferenciação de que ele mesmo tenha consciência, exerce o papel de revelador da regra moral, de legislador e de juiz. O seu ato é uno. Ele reage, com os seus elementos éticos, diante do fato que se lhe expõe, ele dita, às vezes implicitamente, a regra jurídica, e ele, explicitamente, corta o dissídio. Antes do governante, o terceiro ocasional.

Não cabe aqui mostrarmos a evolução que se opera, à medida que o governante chama a si a função de julgar, e que a perde, quando a distribuição da justiça sai das mãos dos reis para os "tribunais dos reis" e, mais tarde, para os tribunais dos Estados constitucionais e, finalmente, democráticos, quer dizer, para os tribunais perante os quais comparecem *também* os reís e os governantes. O que nos importa é apenas mencioná-la e observar que cedo se manifestou, depois de estabelecida a justiça fora do centro de simetria do grupo (do chefe), a necessidade de se não confiar, de modo a manter riscos, a uma só terceira pessoa, nem tampouco, a um só julgamento, o exame das questões entre os homens. E assim que se formam os *tribunais coletivos* e que aparecem os *recursos* ou *instâncias.*

(Tem-se de tomar todo cuidado no emprego da expressão "instância". Ora se diz "instância" no sentido de existência da relação jurídica processual, de modo que, por exemplo, extinção do processo é cessação *ex tunc*

•da relação jurídica processual; ora "instância" é somente o grau em que se há de julgar, como em "primeira instância", "segunda instância", ou "superior instância".)

(V) Uma das grandes distinções, de que é suscetível o Direito, consiste, dissemos, na caracterização do que seja direito material e do que seja direito processual (formal). A regra jurídica que diga que os imóveis dotais não podem, sob pena de nulidade, ser onerados, e nem alienados, salvo em hasta pública, e por autorização do juiz competente, nos casos apontados pela lei, é de direito material; a outra, que enuncie que o juiz há de ouvir, sobre o pedido, o Ministério Público e, se o julgar procedente, avista das razões e provas produzidas, concederá a autorização, é de direito processual. O fato de serem metidas nas leis processuais regras de direito material e no direito material regras de direito processual não lhes muda a natureza. Teremos ensejo de ver que o próprio Código de Processo Civil contém regras de direito material e essas

atingiram o Código Civil; e algumas das regras de direito processual com que o Código Civil avançou no terreno do direito formal foram, por seu turno, atingidas pelo Código de Processo Civil. Porém nem todas.

(VI) Cumpre não confundirmos regras de direito material e *regras sobre o conteúdo*, bem como regra de direito formal e *regra deforma.* A regra sobre forma dos negócios jurídicos de direito material é direito *material*, e só raramente processual *(e.g.*, sentença constitutiva, jurisdição voluntária constitutiva).

Nos nossos dias, o direito processual desafia os espíritos mais atilados e mais apercebidos de conhecimentos filosóficos e científicos, com três ou quatro temas de valor fundamental. Nos povos de escassa cultura jurídica, o processo constitui matéria menosprezada, crendo os próprios escritores na secundariedade do seu estudo, na mesquinhez dos seus propósitos práticos, na subalternidade dos seus meios formalísticos.

(VII) Algumas noções gerais são ainda indispensáveis à compreensão do seu papel. No sentido objetivo, o Direito é a regra a que devem obedecer atos humanos, para que produzam certos efeitos, ou que atribui certos efeitos a fatos ou atos, relevantes para a vida humana. O direito subjetivo é todo direito de que a regra objetiva dota os sujeitos de direito,

conferindo-lhes projeção própria, atuação voluntária ou não. A regra que manda abrir a tantas horas os jardins públicos e fechá-los a certo momento da noite, ou conservá-los sempre abertos, para que todos por eles passem, possam sentar-se, descansar, é direito objetivo. Os passantes, os frequentadores e os que deles se servem para ler, trabalhar, como as mulheres que aproveitam a sombra das árvores para coser ou vigiar crianças, não têm direito subjetivo a isso, porque nem todos os direitos e posições jurídicas *que se gozam* são direitos subjetivos. A escola primária no Brasil é de direito objetivo; porém as crianças em idade escolar não têm direito subjetivo à escola.

Nenhuma obrigação haveria de parte dos governantes, se os pais ou tutores reclamassem professores, prédios, bancos escolares. A diferença ressalta.

Pena é que tais noções não apareçam, claras, nos livros vulgares. Ainda mais lamentar-se que os professores mesmos, agarrados a romantismos artificiais (que

as modernas investigações romanisticas desmascararam), continuem a usar de fórmulas imprestáveis, que não servem à Teoria Geral do Direito, nem sequer, à exposição da doutrina romana. Outra distinção de relevo. Quando se fala da regra a que devem obedecer os atos humanos, para que produzam certos efeitos, ou que atribui certos efeitos a fatos ou atos, que se reputam relevantes para a vida humana, tem-se o *direito no sentido objetivo.* Quando, além da objetividade, a regra jurídica dota os sujeitos de direito de projeção própria, quer se trate de atuação voluntária quer não, então é do *direito no sentido objetivo* que se cogita. Nem sempre à regra de direito subjetivo.

É a respeito da noção do direito subjetivo que se enliçam as diferentes teorias filosóficas do Direito. Se B.

Windscheid falava da dominação da vontade, no que traía a influência da filosofia de Hegel, Rudolf von Jhering substituiu à noção de *vontade* a noção de *interesse,* e outros quiseram que o direito subjetivo compreendesse as duas, o *meio* e o *fim,* a *vontade* e o *interesse,* o *querer* e o *pretender.* Não só. Houve os que entendessem haver direito subjetivo em toda relação em que pudessem apontar o sujeito ativo e o sujeito passivo, como se a polaridade dos dois focos subjetivos fosse suficiente para definir o direito subjetivo (August Thon, A. H. von Ferneck).

Outros, ainda, sustentaram que o direito subjetivo é o comando da lei feito comando do titular, no que se revela, com certo escândalo, o vício do malsão individualismo, que até se afoita à concepção da *soberania privada.*

Escusado é dizer-se que tal monstruosidade coerentemente levava a pensar-se em súditos dos sujeitos de direito, súditos de proprietários, súditos dos locadores de casas, súditos dos credores, como há súditos do Estado. Tudo ísso, que temos submetido, noutras oportunidades, à critica cerrada, não pode lograr, hoje em dia, foros de ciência.

Mas ainda está no espírito de muitos.

Deve-se a Rudolf von Jhering ter substituido à *vontade* o *interesse.* Não seriam vontades o que o direito tutela, mas interesses. Direito subjetivo seria o interesse juridicamente protegido: gozo (substância) e proteção jurídica (forma) perfariam o direito subjetivo. É fora de dúvida que esvaziou de despotismo a concepção de

E. Windscheid; que excluiu o sinal voluntarista, depois de apontá-lo a toda a evidência; e que mostrou o “interesse”, portanto fatos objetivos, substância impessoal, em vez de “vontades”, fenômenos tipicamente subjetivos, substância pessoal.

Estaria com Rudolf von Jhering e os seus seguidores a última palavra?

Se estudarmos as suas noções, isentamente, fácil será vermos que B. Windscheid pôs os olhos no *meio* (vontade) e Rudolf von Jhering no *fim* (interesse). Ao voluntarismo de um sucedeu o finalismo do outro. Ora, se o meio impõe a existência do direito subjetivo, com maioria de razão o fim, que lhe é posterior. O interesse só é direito subjetivo, só se assegura “subjetivamente”, só se realiza “objetivamente”, porque o direito objetivo tornou assegurável, realizável, o interesse.

Já no fim do século passado e começo do presente, a doutrina jurídica marcava o desencantamento das duas explicações mais notáveis. Alguns juristas, de pouca imaginação e boa vontade, procuraram, quando não conciliar, fundir a teoria de B. Windscheid e a Rudolf von Jhering: o direito subjetivo seria as duas coisas ao mesmo tempo, o

“meio” e o “fim”, a vontade e o interesse, o *querer* e o *pretender* de Giorgio DeI Vecchio, a faculdade de agir em conformidade com a norma que assegura o escopo e de exigir, na expressão de um dos mais indolores filósofos do Direito, Icilio Vanni. Não viam eles que identificavam direito objetivo e direito subjetivo, e que metiam ai *palavrafacultas,* com o seu prestigio romano, como se ela, por si, bastasse para cavar a separação entre os dois conceitos. De passagem, digamos que Icilio Vanni foi além: somou o agir e o exigir, a que não se sabe bem se corresponderiam ação e pretensão.

Em todas as três, o direito subjetivo ficou por ser definido. Só se lhe viram as manifestações de meio e de fim, portanto os seus efeitos práticos, o intermédio e o final. Se a relação do direito subjetivo, de si só e suficientemente, se caracterizasse, em sua estrutura técnica, por eles, haveria vontade e interesse, protegidos pela lei, e não direito subjetivo, que é causa.

Outra teoria foi a dos que se deixaram levar pelas palavras “sujeito”, subjetivo”, e pretenderam considerar direito subjetivo toda relação em que pudessem

apontar o sujeito ativo e o sujeito passivo, como se a polaridade dos dois focos subjetivos fosse suficiente para definir o direito subjetivo. Iludiu-os o termo. Não há direito sem sujeitos.

Nem todos os direitos são subjetivos. Interesses são protegidos sem que a ordem jurídica crie direitos subjetivos.

Muitas vezes, os mais eficazmente protegidos, ou, até, os mais energicamente assegurados, são interesses que não permitem a invocação do direito subjetivo. São esperas, não menos importantes, da função só preventiva ou só repressiva do Estado. Se o meu direito de penetrar e permanecer nos jardins públicos, de acordo com os regulamentos, não sofre qualquer invasão por parte dos outros passeantes ou das autoridades (direito objetivo), pela eficácia da vigilância do Estado, o meu interesse está plenamente protegido. Tudo mudaria se, em vez de estarem em causa a entrada e a permanência em jardim público, ou, ainda, em certa festa no mesmo jardim público, houvesse comprado ingresso, que segundo as leis civis me dá o direito subjetivo. Aqui, "precisa-se", "localiza-se", "individualiza- se" o direito: "precisa-se", no sentido de ser o direito objetivo, a norma, subordinado, enquanto vigente, ao respeito dos direitos subjetivos que ele reconhece, e não são necessariamente todos os direitos que dele nascem; "localiza-se", no sentido de que alguém pode, por si, invocar o direito; "individualiza-se", no sentido de que ao sujeito ativo se concede um plus, que circunscreve, pelo fato mesmo da sua existência, a potencialidade de outrem. Não se há de dizer, portanto, que o direito subjetivo só exista onde a ordem jurídica possa "garantir" a sua realização. O direito objetivo pode ser perfeito sem tal garantia, desde que obedeça a disciplina rígida, a princípios inamolgáveis.

August Thon e A. H. von Femeck não viram a zona cinza que persistia quando apontaram no poder do sujeito ativo e no dever do sujeito passivo a essência do direito subjetivo. Nas fábricas, os empregados são sempre dispostos em linhas pelas máquinas que lhes correspondem, ainda que não se lhes dê o direito a cada um de trabalhar com a máquina respectiva. Na ordem social mais ampla, no direito estatal, a posição jurídica ou o direito objetivo é apenas isso.

Tampouco se definiria o direito subjetivo como poder de mandar, de impor, de comandar. Aos séculos de pontiagudo individualismo foi grata tal concepção, que pôs o individuo *no lugar* dos déspotas. O "meu" direito (subjetivo)

significava a minha força, o meu poder, a minha violência, sucedâneos da força, do poder, da violência do príncipe. A afirmação, ainda recente, de que o direito subjetivo é o comando da lei feito comando do titular (Francesco Carnelutti, Dante Angelotti), escorva o vicio individualístico da "soberania privada", um dos grandes absurdos da época despótica. O absolutismo, morto no nascedouro da lei, mas redivivo no sujeito de direito. Tal aberração chegou (dissemos) ao ponto de se falar em "súditos de direito" do proprietário, do locador de coisas, do credor de dinheiro, como há "súditos do Estado". Mistura, como se vê, de conceitos de direito público e conceitos de direito privado, generalização descomedida e incabível do *iussubiectionis*, que representou, no próprio direito extinto, a interpretação despótica de séculos absolutistas ou semi-absolutistas, se assim nos podemos expressar. Tal teoria constitui retrocesso para aquém do Estado reconhecedor da relatividade do direito, do Estado que chamou a si o julgar, do Estado que proibe o abuso do direito, a defesa própria, violenta, dos direitos privados, do Estado que submete à função de bem servir a todos a grande parte dos direitos subjetivos.

O direito subjetivo é "individualização" da posição jurídica, o reconhecimento de que alguém, a quem o direito objetivo concede ou reconhece tal posição, pode *invocá-lo*, não como sujeito ativo (a titularidade objetiva também o pode, como se reclamo aos guardas do jardim a livre abertura dos portões, ou quanto a automóvel que embaraça a entrada), e sim como sujeito ativo em que o direito se precisou, fazendo-se "linha", em vez de uma das linhas indefinidas da superfície, e se localizou, tornando-se "invocável" e "realizável" na espécie individual.

(VIII) A *pretensão* é o poder exigir alguma prestação. Do outro lado da relação está o obrigado, que talvez tenha, também ele, a sua pretensão, ou as suas pretensões. Tanto àquele quanto a esse o Estado reconhece a pretensão à tutela jurídica, com que, passando a si o fazer justiça, *substituiu* o antigo direito de se fazer justiça com as próprias mãos (declarativa, condenatória, constitutiva, de mandamental, executiva). Por isso, a pretensão à tutela jurídica dirige-se ao Estado; não a outras obrigadas. A designação *"Rechtsschutzanspruch"* foi-lhe, dada, em 1885, por Adolf Wach *(Handbuch*, 1, 19 s.). Tanto o que tem a pretensão de direito material quanto o obrigado dispõem da pretensão à tutela jurídica. Também dela dispõe o que apenas quer que se declare, se constitua, se execute ou mande. Tem-se discutido se é o direito processual que configura a pretensão à tutela jurídica. Príncípalmente, se é processual ou pré-processual.

Não é, de modo algum, produzida pelo direito material que rege a pretensão a ser examinada pelo juiz. Konrad Hellwig, primeiro, em 1903, quis manter a duplicidade, pretensão à tutela jurídica e relações jurídicas processuais; depois, em 1912, tentou erguer o edifício do direito processual sobre aquela. Hoje, quase todos os que discutiram o assunto têm a pretensão à tutela jurídica por pré-processual, do lado de fora das relações jurídicas processuais, como a abrir às partes as portas para essas. James Goldschmidt *(Zwei Beitrage,* 10 s.

e 25) entendia que ela nasce no direito judiciário, de que o processual é um dos ramos, e nasce no ramo material.

Numa região limítrofe ao direito processual e ao direito privado. Naturalmente, alguns, seguindo a P. Kriickmann, lhe negam o ser de direito público, ou lhe negam a direção contra o Estado. Ora, basta pensar-se na qualidade da prestação e na sua generalidade que ultrapassa o processo civil *(e. g.*, tutela jurídica administrativa) para se poder afirmar que o direito, que a produz é público. Não é, porém, o direito judiciário, como pretendia James Goldschmidt, que o repetiu em 1925 *(Der Prozess ais Rechtslage,* 150 e 264). Está acima do direito judiciário, pelo menos onde o povo chegou a certo grau de civilização; mas baixa onde se excetua o princípio e se faz precário, permitindo-se a cassação extrajudicial ou a atingibilidade por atos de outro poder público que a justiça. *A priori,* só se pode dizer que a pretensão à tutela jurídica é de direito público. Em que ramo do direito público se acha é questão de verificação *a posteriori,* no espaço e no tempo; porque depende de se conhecer o sistema jurídico do país. Na consciência dos homens que estão ao nível da civilização ocidental, fora da crise recente, é direito do homem à justiça, inserto, ou não, nas Constituições, e é a essa pretensão que se refere o direito das gentes quando, aqui e ali, alude a denegação de justiça por parte de algum pais. A pretensão àtutelajurídica compreende: *a)* aprocurade resolução do litígio, *Urteilanspruch,* pretensão à resolução judicial (Paul Langheineken, em 1899), que inclui a sentença na execução (Rudolf Pollak, *System, 7); b)* a pretensão àresolução não-judicial; *c)* a execução.

Volveremos a tratar da matéria noutros lugares deste livro, segundo o nosso plano de aplicar, *praticamente,* a cada espécie, o princípio ou o conceito.

A alegação jurídica do autor, a pretensão de direito que faz a *demanda,* é conteúdo do objeto sobre que se vai pronunciar o juiz. Outra coisa é a pretensão

de direito processual que assegura ao autor a forma obrigatória ou voluntária, como, por exemplo, o emprego do processo executivo ou do preceito cominatório.

Temos, pois, três conceitos distintos: *a) pretensão à tutela jurídica*, que é conceito pré-processual, pré-excluída pela falta de interesse de agir, eliminável pela desaparição desse interesse; *b) pretensão processual* (= pretensão a que se entregue a prestação prometida); *c) pretensão objeto do pedido* (pretensão de direito material, *merita causae, res in iudicium deducta).*

Confusão grave, em que vulgarmente incidem doutrina ejurisprudência, é entre *legitimatio ad causam* e *interesse de agir,* ou *interesse a agir* ou simplesmente *interesse.* Cometeram-na ainda, por exemplo, L. Mattirolo *(Tratato di Diritto Giudiziario Civile Italiano,* 1, 50) e Francesco Carnelutti *(Sistema,* 1, 373).

Se, sem a intervenção dos órgãos jurisdicionais, o autor sofreria prejuízo (dano injusto), tem ele interesse de agir.

Pode bem ser que, não obstante ter esse interesse, lhe falte a pretensão à tutela jurídica *(e. g.,* o titular de *obrigações naturais,* Rudolf Pollak, *System,* 3), ou ter a pretensão à tutela jurídica e o interesse de agir sem ter *legitimatio ad causam.* Muitas vezes, quando se diz que a pessoa carece de ação, é a falta de legitimação à causa (ou ao fundo que se refere o juiz ou o advogado); porém, outras vezes, é a falta de pretensão à tutela jurídica, que é *anterior* logicamente ou à falta de interesse de agir, também logicamente *anterior.* Se o autor *só* não tem a legitimação à causa, a ação é *improcedente* (mérito), igualmente não repelida *sem exame de mérito* (distinção assaz importante, por exemplo, para a interpretação do ari 846 do Código de Processo Civil de 1973).22 O que cobra judicialmente a dívida, que o réu estava pronto a pagar, não se acha na situação de quem, sem a intervenção do juiz, sofreria prejuízo (falta-lhe interesse de agir), se bem que tenha a pretensão à tutela jurídica. Se houve *mora debitoris,* de que lhe nasceu ação, mas o devedor se prontificou a solver a divida, com os juros e outras consequências da sua mora, a propositura da ação, que o credor tem, dá-nos o exemplo de concorrência de *pretensão à tutela jurídica* e de *ação,* sem interesse de agir. Logicamente, temos pretensão à tutela jurídica (sim), interesse de agir (não), ação (sim). O “não” intercalar corta, desde aí, a *intervenção do juiz,* de modo que não se passa ao resto do mérito.

Res em *res in iudicium deducta revela* o ontologismo do direito romano. Não se fala de relação jurídica, de direito material, que se aponta, se deduz, em juízo; mas, de *res,* de coisa. Esse realismo ingênuo prestou grande serviço ao seu tempo. Falou-se da *res in iudicium deducta,* de *res iudicata* e das *exceptiones* ligadas à dedução e ao julgamento. A evolução da ciência do direito pôde conservar o termo sem o ontologismo inicial, sem o "coisismo" romano. A coisa julgada alude, hoje, à relação jurídica ou às relações jurídicas que foram deduzidas, examinadas e julgadas.

autor alude, aqui, ao ari 846 do Código de 1939, que dava agravo de petiçflo das sentenças terminativas. No diploma vigente, cabe apelação (ari 513) da sentença (ari 162. *§* lo) terminativa (ari 267) ou definitiva (ari 269), não mais existindo aquele agravo entre os recursos (ari 496).

O processo germânico veio pôr em relevo que o próprio processo era relação jurídica em que autor, juiz (Estado) e réu se haviam de encontrar. Há pretensão à tutela jurídica. Pretensão, essa, a que o direito romano não vira, ou não vira suficientemente. O direito romano concebeu o processo como postulação da A contra B, perante o juiz, em vez de postulação de A perante o juiz que chama B. Mais ainda: o direito germânico atendeu a que, na relação entre A e o Estado, havia de haver regras de *decisão* sobre provas. As interlocutórias com força de coisa julgada normal provêm dai. O direito canônico levou ainda mais longe a quebra da concepção romana, multiplicando termos e decisões de questões, a ponto de admitir apelação de questões interlocutórias.

(IX) Quando se examina *o fato jurisdicional* do lado de quem pede a aplicação da lei, ou do lado do juiz, que presta essa aplicação, em nome do Estado, não é científico fazer-se mais relevante aquela perspectiva do que essa, nem essa mais do que aquela. Porque a maior atenção a um lado que ao outro, deformando a figura da relação entre o que pede e o que presta, apenas traduz o pendor da comunidade ou do expositor, para sacrificar o Estado ao sujeito que o provoca, ou esse àquele. A própria tratação da jurisdição antes da relação jurídica processual (pretensão à tutela jurídica, "ações", remédios processuais) de modo nenhum a torna *prius.* Não há, cientificamente, prioridade.

Os legisladores que atribuem significação de ordem política e jurídica ao arranjo das matérias concernentes à jurisdição *antes* das matérias concernentes às prestações à tutela jurídica e as "ações", procedem como os indivíduos que

exibem em primeiro lugar algumas peças de coleção, para fazer supor-se que essas peças a definem ou caracterizam. Algumas vezes, a recolocação denuncia tendência política (ou psicanalítica) que não deveria perturbar a concepção científica. Quando feita de propósito, parece gritar, como o excesso de pintura no rosto das senhoras, ou como o tinir de esporas dos cavaleiros ou o buzinar dos automóveis por parte de motoristas que têm o mau gosto de chamar a atenção para si.

É verdade que a função de realizar o direito objetivo é mais importante, hoje, do que participar, isto é, resolver os dissídios intersubjetivos; porém isso não obriga à prioridade do Estado, uma vez que o Estado mesmo se subordina a esse direito objetivo, inclusive quanto à jurisdicão. À realização do direito objetivo é indiferente que se conceba a jurisdição *como prius,* ou se tenha como *prius* a atuação do autor, ou do réu: a relação jurídica processual mesma, que nega e apaga a pretensa prioridade, é instrumental, e para os casos em que a aplicação não se dê sem se pedir à justiça. O que importa é que o direito, que incidiu, ou incide, se aplique, se isso não se realizou antes. *A jurisdição* não é mais, nos nossos dias, do que instrumento para que se respeite a incidência. É fácil ver-se, ou concluir-se, que isso não basta para a fazer *prius.* Para que a jurisdição fosse *prius,* seria preciso que só houvesse incidência ocorrendo aplicação pelo juiz, isto é, que "aplicar" fosse "fazer incidir". (Atribuir à antecedência, nos Códigos, da matéria sobre jurisdição revelação de mentalidade diferente, como fez o ministro italiano Dino Grandi, na sua *Relazione* de 1940, é ostentar descaso pelo indivíduo, estatalismo autoritário, regressão patriarcal, que a simples ordem sistemática não contém, por ser apenas método de exposição. A *interpretação* política convinha, como esforço consciente, à tentativa extracientífica de adaptação da ciência e da exposição científica à estrutura política patriarcal. Poderia ser inconsciente, psicanalítica; *in casu*, mais ressalta a elaboração premeditada, que atribuísse ao momento político a obra que se vinha cristalizando através da chamada "escola sistemática" italiana, que se afastou dos caminhos da "escola exegética".)

No Código de Processo Civil, que estamos a comentar, os dois primeiros artigos se referem à jurisdição. Mas o ari í~' é regra jurídica de conteúdo tautológico (a 'jurisdição civil" é "exercida pelos juizes"). Não se fez mais, no ari 20, do que aludir à pretensão, à tutela jurídica, a que chama "tutela jurisdicional". Não ocorreu, portanto, o erro de anteposição, a que acima nos referimos e já

havíamos posto nos de 1939 (1, 2~ ed., 19).

(X) Aliás, quando o Estado administra justiça, o poder que ele exerce, por meio dos seus órgãos judiciários, não se funda em qualquer prioridade conceptual. Antes dessa fundação, já se exerceu outra, que também só lhe cabe em parte e se exaure antes dessa, a legislativa, a que bastam as noções de *regra jurídica* e *incidência.* A função jurisdicional, a ação em juízo e os remédios processuais vêm depois, ocasionalmente; vêm após a formação dos direitos subjetivos, das pretensões e das ações (em sentido de direito material). No plano, já posterior, da função jurisdicional, é indiferente, aos olhos da ciência, que se trate primeiro da jurisdição, ou do pedido das partes. Nem a própria classificação das regras jurídicas justificaria, em ciência, anteposição da matéria sobre jurisdição, porque, se a *res in iudicium deducta,* os direitos subjetivos, as pretensões, as ações e exceções podem ser de direito privado, a matéria sobre partes, como sobre jurisdição, é toda, igualmente, de direito público. A ordem sistemática é, pois, ordem de comodidade, atenta a sugestões de método expositivo.

A posição do juiz, no período de formulação para o caso A, confunde-se com a do legislador e a do administrador ou agente executivo *(ex-secutum,* seguido para fora). Tem de ser diferente da posição, que se lhe circunscreve, no período de formulação para a classe dos casos A. Naquele, que é o do legislador-juiz-executor, ou do legislador-juiz, a regra vai ser concedida diante do fato, ou está no íntimo do juiz, sem outras peias que as causas psíquicas próprias do órgão legislador-juiz-executor, ou legislador-juiz. O órgão judiciário é também, e, pois, precipuamente, órgão político; faz a lei, e aplica-a, executa-a. Não é inconcebível a diferenciação das funções legislativas, executiva e judiciária, a despeito da unicidade do órgão, como se o príncipe não pode formular regras retroativas e, sendo ele o criador do direito, todavia não pode deixar de se ater às regras jurídicas que fez, como legislador, e mandou executar.

(XI) As partes não são, de regra, obrigadas a qualquer ato processual (cp. Werner Niese, *Doppelfunktionelle Prozesshandlungen,* 64 s.). Não há obrigação, mas há o dever, com as suas sanções. Há ônus de atuar *(Handlungslast),* e não obrigação. Mas há dever. Não tem razão, portanto, Leo Rosenberg *(Lehrbuch,* 5a ed., 9), em negar que haja o dever, fora do dever de pagamento de custas, que é dever em relação ao Estado, e o dever de exibição, por sua natureza de direito material.

(XII) *Ignorantia iuris allegari no potest, quia nunquam praesumitur, neque excusat.* Repetiram-no Agostinho Barbosa, Manuel Álvares Pêgas e outros juristas portugueses, abrindo exceção para menores e rústicos, o que hoje seria sem base. Seja como for, a regra jurídica, inserta no *Repertório* (1, II), passou ao Código Civil, ari 50 da revogada Introdução: "Ninguém se escusa, alegando ignorar a lei; nem com o silêncio, a obscuridade ou a indecisão dele se existe o juiz a sentenciar ou despachar", e ao ari 30 do Decreto-lei n0 *4.657* (Lei de Introdução), de 4 de setembro de 1942:

"Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece".

O *luris ignorantia non excusat* apareceu na doutrina e na legislação portuguesa e na brasileira, com invocação da L.

9, D., *de iuris et facti ignoranria,* 22, 6: "regula est iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere". A opinião de Labeáo (L. 9, * 3) que entendia ser de perdoar-se o erro de direito, se intrincada a questão e não se pudesse consultar jurisconsulto, não foi recebida; e as exceções antiquadas (G. Hufeland, *berd.*

eigentiiml. Geistdes rõmischen Rechts, 1, 231 s.), quanto a soldados, rústicos e mulheres, mal passaram de argumentos doutrinários. Quanto aos que se excluiram do alcance da regra jurídica, Álvaro Valasco *(Decisionum Consultationum,* II, 334) pôs que as mulheres não se achavam em tal enumeração, salvo lei especial (também Bento Pereira, *Promptua num furidicum,* 166), e Jorge de Cabedo *(Decisiones,* 1, d. 184, n0 3) incluira os que com toda a diligência, que tivessem tido, não poderiam conhecer a lei. O direito de hoje afasta a exceção.

2. Codificação do direito processual civil O propósito das codificações e dos Códigos é duplo: juntar todas as regras relativas a determinado ramo do Direito e mostrar que se chegou a certo momento de cristalização, de estabilidade, que o codificar ou o fazer Código traduz. Por isso mesmo, é chocante quando o legislador mal codifica, mal redige os Códigos, os altera.

Algumas vezes, a codificação, fugindo ao sentido do étimo, é o pretexto para reformas radicais. Tais reformas são extremamente delicadas. Podem ser golpes no ar, sem atingir a realidade da vida. Podem solapar, sem conseguir a

construção que desejavam. Acontece, não raro, que apenas compensações psicanalíticas de épocas de flagrante diagnose reacionária, impotentes para as reformas econômicas, e, por isso mesmo, prontas a todas as audácias e reviravoltas fora daí, na pintura, na música, na poesia, no direito, nos costumes. No entanto, a codificação, por si só, é assunto em que grande parte da evolução recente do homem asiático-europeu se reflete. Nos povos pré-

gregos, digamos assim, para sublinhar o ponto de partida do pensamento ocidental, a codificação apareceu quando, estremecendo a sociedade despótica, pantanosa, a arestas marcadas, de explorados e exploradores (religiões e invasores do Norte, que vinham montados em seus cavalos), foi preciso acentuar o domínio do homem sobre o homem como precípuo em relação ao domínio do homem sobre as coisas. Em alguns pensadores chineses e hindus, encontram-se indícios de crença na evolução humana por modificações sucessivas e abrandamento do trato dos homens por outros homens. Porém isso nunca obteve triunfar. O lastro mental sempre foi, nos últimos quatro milênios, o de imutabilidade do destino e da desgraça. Mal se denunciou perigo, a sociedade oriental tentou a codificação do tipo Manu, indo até à ameaça à gente das camadas superiores que pretendia legislar. Quando a codificação envelhece, os governantes reformam-na, assim no Ocidente como no Oriente, substituindo-lhe outra codificação, se se sentem firmes, e são muitos. O monocrata prefere, se o seu poder vacila, a mantença da ordem jurídica como caudal de rio, cujas gotas fossem atos administrativos (a pletora legislativa das assembléias plutocráticas, dos tiranos). O século XIX deu-nos exemplo de codificações que corresponderam à indústria nascente, próspera, ao espírito ainda capaz de pôr a máquina a serviço do homem, codificações que pareciam dizer:

“Refleti, e emendai-nos; mas emendai-nos acima dos vossos pequenos interesses, após a discussão científica e a colheita dos resultados; a evolução contínua está no destino do homem, desde que ele surgiu, e a nós todos cabe-nos acelerar esse aperfeiçoamento, pelo domínio dos homens sobre as coisas.” Forças irracionais arrombaram os textos. Os princípios mais assentes foram atacados, conspurcados, feridos. Poucos viam sob a face das teorias, ainda jurídicas, a ação minadora que vinha de séculos anteriores à intervenção do povo nas legislações. Quando a destruição estava adiantada, puderam notar que a realidade, de si mesma e por si mesma, estava a elaborar outros princípios *no sentido* desses princípios. Os interessados no desbarato do Direito dos séculos

últimos, os maiores que o homem já viveu, no Ocidente, tentaram e tentam codificar. Mas codificar é criação formal e material, ou descoberta de divisores comuns. Não é fácil. Sê-lo-ia se o objeto das codificações fosse apenas dar às leis forma precisa e arranjá-las em capítulos, ou, à maneira justinianéia, grupar, consolidar. Já não pode ser assim. O abuso das abstrações de que deram prova os codificadores explica-se, hoje, em psicologia, pelo mesmo modo por que se explica o apego de Platão à sua teoria do conhecimento, fato psíquico que se repetiu, tantas vezes, nos momentos de crise social.

Toda legislação supõe *conceitos* que, correspondentes a coisas e fatos, deles se separam para se poderem organizar segundo a própria natureza (objetiva) e segundo o propósito dos que os organizavam. Através dele e das suas combinações, o homem consegue, em esforço psíquico, organizar, lá fora, a vida. A ciência procura acertar, o máximo possível, quanto às suas afirmações acerca dos conceitos e das relações entre eles, servindo à técnica, que os emprega. O papel da política legislativa é mais o de transmitir proposições; portanto, a construção jurídica. A abstração e a generalização prestam-lhes serviços enormes, para o bem e para mal. Na elaboração de *definições*, de *princípios*, pretende o legislador sintetizar a realidade mesma do direito; mas, em verdade, é a introdução de abstrações, como se fossem realidades, "platonizando", que ele alcança com os seus propósitos de organizar a ordem jurídica como ele quer. Por isso mesmo, à base de toda legislação está concepção filosófica da vida, teoria do conhecimento; e hoje sabemos que à base de toda teoria do conhecimento estão fato (ou tipo) psicológico e forma de vida econômica.

Pondo-nos no plano técnico, a legislação processual contemporânea informa-se em certos princípios que espontam, aqui e ali, nas suas regras escritas:

(1) *Princípio dispositivo,* que deixa às partes: o *vir* a juízo, pedindo ao Estado a entrega da prestação jurisdicional, em vez de *ir* o Estado distribuir justiça; o postular, quer dizer expor o pedido, a causa de pedir, indicar e produzir as provas *(Quod non est in actis non est in mundo),* devendo o juiz ter como verdade (formal) o que não foi controvertido, em vez de o Estado mesmo investigar, inquirir, averiguar, buscando provas, esmiuçando, para, por si, descobrir, e a seu jeito, o que entende ser a verdade material. No próprio processo penal, o grau de civilização de um povo se mede pelo papel que atribui ao processo acusatório (que é o processo a principio dispositivo, no crime), a expensas do elemento inquisitorial.

Os juristas germânicos chamam *princípio discussório* ao principio dispositivo, encarado quanto à discussão (

Verhandlungsgrundsatz) . Corresponderia ao princípio acusatório, no processo penal, opondo-se, ambos, ao principio inquisitivo.

Principio da verdade material é outro nome que se dá ao princípio inquisitivo, no que se refere à instrução e convencimento. É antítese ao *Iudex secundum (aliegata et) probata a partibus iudicare debet.*

Iudex debet esse instructus ex actis, costumavam enunciar os praxistas portugueses.

Princípio do conhecimento de oficio é o princípio antitético ao *Ne iudexprocedatexofficio* (= não há tutelajurídica sem promoção, = nenhuma ação sem autor).

Baldo de Ubáldis dizia: “Sententia debet esse conformis libello” (a). A proposição pertence ao mesmo sistema lógico que o *Ne procedat iudex ex officio (b).* O fundamento de política jurídica é amparar os indivíduos quanto a possíveis invasões do órgão do Estado, que postularia e julgaria. Não sendo conforme ao pedido, a sentença poderia ser além, ou fora do pedido, então estaria o juiz a proceder de ofício; não sendo conforme ao pedido, poderia ser aquém dele, e ai não estaria o juiz a proceder de ofício, mas sim a deixar de julgar. Por onde se vê que não é verdade ser o dito de Baldo de Ubáldis consequência do *Neprocedat iudex ex officio* (sem razão Giuseppe Chiovenda, *Saggi,* 1, 157, 158). Os dois não coincidem em toda extensão. O *Ne procedat iudex ex olficio* abrange atos do juiz que não são a sentença, mas o dito de Baldo de Ubáldis veda o decidir-se o *citra petita* que o *Ne procedat iudex ex officio* não apanha. Esse mais se parece com o *Ne eat iudex ultra petita partium (c),* que não abrange, aliás, tanto *(e. g.,* o *extra petita* e *cit ra petita),* porém alcança qualquer ato postulacional. Outro brocardo é o *Iudex secundum alie gata etprobata a partibus iudicare debet (d);* e esse não faz corresponderem somente pedido e decisão, exige a continuidade da abertura das questões, através das provas, até à sentença. Tem sobre o dito de Baldo de Ubáldis a ~‘antagem de se referir ao alegado pelo réu.

Também julga *citrapetita* o juiz que, tendo completa cognição, isto é, devendo decidir de tal maneira que faça coisajulgada material o que decidiu, julga como se só tivesse cognição incompleta. Julga *ultrapetita* o juiz que, tendo, apenas, cognição incompleta, julga como se a tivesse plena.

No principio dispositivo costuma-se incluir o de apresentação dos fatos e provas.

(2) *Princípio de incoação ou impulsão do processo pelas partes,* de origem francesa, que é o princípio dispositivo levado à fluição do processo, em oposição a incoação ou impulsão de ofício. Os legisladores dosam os dois princípios, quando redigem as regras de direito processual. Às vezes, é a lei mesma que se põe no lugar do juiz, ditando regras jurídicas de incidência e realização suficiente (= sem dependência de aplicação), que evitem paradas acidentais aos processos.

O autor pode intentar a sua ação quando queira (cf. Ordenações Filipinas, Livro III, Título 55, § 8). Por isso mesmo, há de ter pronto tudo de que necessite antes de intentar a ação (Livro III, Titulo 20, § 2).

Propor ação é exercer pretensão à tutela jurídica, pretensão ao remédio processual e pedir que se aprecie e atenda a *res in iudicium deducta.* Todo exercício é composto de ato ou atos de quem exerce.

“Em regra, ninguém é obrigado a propor ação”, tiravam-no os velhos juristas, como principio, das Ordenações Filipinas, Livro III, Título II, § 4.

Ao juiz só excepcionalmente, isto é, com permissão pela lei, é dado julgar sem que haja iniciativa do interessado. O

principio não se refere à prova, porque, ai, iniciativa houve, de modo que o *Iudexsecundum alie gata partium iudicare debet* substitui o *Iudex secundum alIe gata et probata partium iudicare debet.* O ari 128 estatui que ojuiz decide 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. Há, assim, exceções, porque pode a lei dispensá-la. Quanto às provas, há o ari 130, que fala do requerimento da parte para determinar as provas, mas, também, da função judicial de oficio.

(3) *Princípio da concentração,* que reúne atos e diligências, principalmente prende a determinado lugar e tempo instrução, debate ejulgamento, ou se satisfaz com a unificação, espácio-temporal, das discussões. Na excessiva concentração, mal se difarça por vezes a inquisitividade, ou se cai no princípio da eventualidade (tudo há de ser dito ou provado em uma vez), de que são fortes vestígios os arts. 294, 304, 282, VI, e 283.

(4) *Princípio de oralidade,* segundo o qual as alegações orais, e não só as escritas, são afirmações das partes e podem chegar a constituir fundamentos para a decisão. Dois princípios que dele se deduzem: *a)* no que concerne à audiência, em que se localiza e a que se circunscreve o debate, só o que foi oralmente exposto e tudo que oralmente foi exposto pode ser fundamento da decisão; *b)* o último debate oral é o que vale, de modo que o escrito entregue depois dele é posto de lado. A oralidade do processo dá mais valor ao que se afirma ou se nega, se pergunta ou se responde, de viva voz, do que àquilo que se afirma ou se nega, se pergunta ou se responde, por escrito. A diferença é a mesma, pensa-se, que entre a consulta clínica por escrito e a consulta clínica oral, quando tem importância o elemento psíquico. Cada sistema exagera, a seu modo, o valor do dado em que se firma. Os grafólogos tendem a querer ver tudo, mais na letra do que nos sembíantes e nos lábios, ou na voz. Também o processo escrito submeteu, sem discrime, todos os atos processuais à exigência da escrita.

O processo oral, sozinho, tem os seus inconvenientes e as suas vantagens. Falta-lhe a fixidez da escrita. Palavras voam. Gestos também. Mas a leitura cansa mais do que o ouvir. Pode haver desinteligências ou mal-entendidos no processo oral, e o juiz há de ter competência para seguir a argumentação, e memória, para guardá-la. Em compensação, gasta-se menos tempo, tem-se a impressão direta do caso, o juiz denuncia os pontos duvidosos, e o advogado põe ai todo seu esforço, desanuviando-lhe a primeira vista dos fatos. Seja como for, o principio da escrita nunca éexcluido de todo. A petição inicial é escrita. A contra-fé é escrita. Os termos são escritos. A contestação é escrita. A reconvenção é escrita. Qualquer das alegações das partes e dos terceiros é escrita.

(5) *Princípio da imediatidade,* que exige a presença do juiz às provas, a utilização imediata dos meios probatórios e a utilização da observação imediata, da intuição imediata, do sentir imediato e do pensar imediato. Imediatizando o juiz, a lei espera salvar o máximo do valor objetivo das provas e da percepção delas pelo juiz, das suas intuições, dos sentimentos experimentados durante a

sessão, da sua reflexão fresca. O juiz tem melhor visão da sinceridade das partes, da atendibilidade dos depoimentos das testemunhas, das relações entre partes e testemunhas. Um dos pontos em que o Código de Processo Civil de 1939 acentuou o valor prático da imediação foi no ari 120, sobre substituição de juizes. Acertadamente, o código de Processo vigente, no ari 132, seguiu a mesma trilha.

O princípio da imediatidade somente tem de ser obedecido quando a

lei expressamente o diga, ou quando resulte do pressuposto do ato ou da diligência. Algumas regras são assentes: *a)* para o debate entre partes vige o princípio, sem exceção; *b)* se a lei mesma não estabeleceu a exceção, dizendo, por exemplo, que a outra parte tem vista por tanto tempo, entende-se que se deixou para a audiência; *c)* a produção de provas exige a imediatidade, salvo se para algum caso previsto pela lei como anormalidade atendível (força maior, por exemplo); *d)* a sentença ou o julgamento tem de ser com a presença do juiz ou dos juizes (Hans Sperl, *Lehrbuch,* 1, 353), de modo que, se o juiz é promovido, aposentado, ou falece, se um juiz se retira, ou morre, ou é excluído do serviço, ou por suspeição, tem o legislador o problema de salvar o princípio, quer quanto à primeira quer quanto àsuperior instância.

Quem vai julgar deve conhecer o procedimento e a substanciação.

Segundo o princípio da imediatidade, o juiz, que tem de proferir a sentença, deve ser o que assistiu e interveio no debate oral. A imediatidade faz-se necessária, portanto, por se extrair de dados psíquicos e de dados objetivos o principio mesmo. O juiz assiste à produção de provas; o juiz ouve os debates e provoca-os; ojuiz colhe o que é de mister à decisão, e decide. Não é elemento com que se conte a impressão pessoal causada ao juiz se não corresponde ao que se extrai do interrogatório para a ata (Adolf Schõnke, *Lehrbuch,* 7~ ed., 41).

(6) Princípio do livre convencimento do juiz, segundo o qual se pretende substituir à teoria legal das provas critério mais próximo ao da investigação científica. A liberdade, *dentro* do processo, com a instrução, a oralidade, a imediatidade. Adiante, ari 131.

(7) *Princípio da publicidade,* segundo o qual os atos processuais, principalmente a audiência, hão de ser públicos.23

Considerações de interesse em se respeitar segredo e decoro público abrem exceções. Associada ao princípio inquisitivo, a exclusão da publicidade dá a arma mais poderosa dos governos despóticos. O principio faculta a todos seguir a marcha do processo, assistindo ao que se passa, pesando o valor moral e intelectual do juiz, aferindo a conduta do escrivão e dos auxiliares da justiça. Essa presença das partes e de estranhos serve a que juizes, escriváes, órgão do Ministério Público, peritos, testemunhas e partes mantenham a dignidade e as exigências de educação, nos atos e nas palavras. Agora, o comício, as

23 vd. OS aiS. 50 LX e 93, IX, da Const. 88.

câmaras municipais, educaram os homens para a liberdade poliica; o foro, para liberdade individual. Porque o homem mesmo é o produto de reflexão que aprendeu nas assembléias pré-históricas. A publicidade, no processo escrito, restringe-se às audiências. No processo oral, abrange a audiência oral toda. No fundo, concerne às audiências e aos atos similares, presididos pelo juiz. Em certos casos, a lei admite que se excetue o principio quando,

temendo-se revelação de segredo, por exemplo, se restringe às próprias partes a publicidade.

O *princípio da publicidade* exige que não se opere em segredo o procedimento. Nasceu da solenidade dos juízos, mas ganhou em força em expressão política na luta contra as investigações inquisitoriais, a incomunicabilidade, ajustiça de portas fechadas e as discussões em sigilo. Temia-se mais o juiz “invisível”, infiscalizável pelo olho do público, que o próprio juiz corrupto, ou inimigo das partes. De certo modo, a campanha, mais enérgica no plano do direito processual penal, repercútiu no direito processual civil. Isso não quer dizer que o princípio não tivesse razão de ser no próprio processo civil, não pudesse ser sustentado sem alusão à história dos juizes penais.

O principio da publicidade ou só se refere às partes e seus procuradores ou a qualquer pessoa. Ali, é ele o principio de *publicidade geral;* aqui, o de *publicidade especial* ou relativa às partes. Também se distingue *da publicidade imediata,* que é a de co-presença facultada, *a publicidade mediata,* que consiste na faculdade de se obter comunicação do ocorrido.

Historicamente, o princípio da publicidade ainda geral e imediata teve a sua

forma mais pura no direito germânico primitivo, pelo *dever* de assistirem os homens livres aos julgamentos e participarem da administração da justiça.

Não era, pois, somente facultada a co-presença; era obrigatória. A sede bosque, ou vale, ou recanto era lugar santo; mais tarde, passou a ser nas praças das feiras. Sempre ao ar aberto. Com os reis, sede de justiça e sede do governo tornaram-se as mesmas: os palácios reais. A sentença deixou de ser popular, para ser dos reis, ou de seus funcionários. Daí até à publicidade limitada às partes e aos advogados foi um passo.

Não se conclua, porém, que o principio da publicidade geral puro surgiu da forma democrática da justiça. Apenas, nos povos germânicos, *estiveram* juntos. Roma teve o principio da publicidade geral sem ter o da justiça popular; quer nos processos *in jure,* quer nos *iii iudicio,* ali os magistrados e aqui os juizes procediam com publicidade geral. Depois, com os imperadores, com as *basilicae,* foi tirado o direito das partes à comparência às sessões (século V). A cortina *vela* velou os procedimentos, as

discussões; de *secretum* ocio o nome *secreta riuem* para designar a sala mais ao fundo, menos acessível. À frente, os serviços do juízo ou tribunal; mais à frente, os *canceli,* que separavam de tudo aquilo o público. Era o sinal de decadência, com a exceção para os *honorati,* pessoas das classes privilegiadas, que até sentavam ao lado dos juizes.

Restava a prova testemunhal em presença das partes; porém as perguntas eram feitas pelo juiz. No entanto, o direito romano tivera o interrogatório por perguntas e reperguntas formuladas pelos advogados (M. A. von Bethmann Hollweg, *Der Civilprozess des gemeinen Rechts,* III, 277).

O direito canônico, rompendo com o principio da publicidade, ainda especial (perante as partes), quanto à prova testemunhal, tomou-a, já no século XII, só em presença do juiz e do secretário. O exemplo foi desgraçadamente seguido em juízos seculares (C. J. A. Mittermaier, Uber das Teutschrechtliche Verfahren, *A rchivflir die Civilistische Praxis,* V. 69 s.).

A exclusão dos estranhos faz de publicidade especial, em lugar de geral, a prova testemunhal. Foi a esse meio-termo que passou, em 1806, o direito francês, imitado pelas leis de outros povos. Outros, como Espanha, conservaram a

inquisição em segredo até 1881. O *princípio da escrita processual,* oposto ao da *oralidade,* influiu na conservação do procedimento secreto, facilitando-o; porém o processo secreto não dependeu, nem depende da escrita. Em verdade, a escrita permitiu dispensar-se a presença física das partes; não, a sua audiência, nem, sequer, a publicidade.

A tendência para se eliminar a publicidade, favorecida pelo direito canônico e os interesses dos reis absolutistas, chegou a ponto de só se *publicar* a sentença em solenidade mais ou menos ostentatória. Aqui e ali, ainda se exigia o juramento das testemunhas em presença das partes, e os autos podiam ser compulsados.

No estado atual do principio da publicidade, os seus limites estão caracterizados, *a)* Os juizes e tribunais podem exigir, em circunstâncias que o aconselhem, a identificação dos presentes, ou considerar já repleto o salão em que se passa o ato processual, civil ou penal, porém não escolher e marcar lugares, salvo para os interessados imediatos.

Tampouco, seria permitido selecionar os que vão ocupar o salão. As portas devem estar abertas, ainda que cheio o salão, não mais se admita entrada de alguém; *b)* O princípio de publicidade também sofre *limitação* em casos de escândalo ou semelhantes. Ou a lei os enumera, ou formula regra geral, ou deixa ao juiz, em exame *in casu,* a exclusão da publicidade. Aí, a técnica legislativa encontra problema a que tem de dar solução e o faz segundo sugestões da experiência e dos costumes politicos. Inclusive para manter a exigência do requerimento da parte, ou para permitir a decretação, *ex officio,* do segredo de justiça; *c)* A atribuição judicial de resolver se o caso, não em si (legalmente), mas pelas circunstâncias, deve ser em segredo de justiça, é de origem ou influência eclesiástica. Na Inglaterra, a enumeração legal passou a ser a única fonte de limitações, desde o caso *Scott v. Scott,* em 1913, decidido pela Divorce Court (sentença de Lorde Shaw): questão de tutela, processos de interdição, matéria por si mesma secreta *(e. g.,* invenções). Todavia, tem-se estendido o conceito às espécies em que a prova ficaria impedida ou sacrificada com a publicidade *(Moosbrugger v. Moosbrugger,* 29 Times Rep. 658).

Há no direito processual penal dois princípios, tese e antiese, sobre a publicidade. Um faz secreto o processo, sem outra comunicação processual que entre duas pessoas. Nem o réu pode ver os autos; nem pode assistir ao interrogatório das testemunhas. Outro assegura a publicidade geral ou popular de

alguns atos e a especial de outros.

A publicidade geral tem os inconvenientes de ser usada para sensacionalismo, ou forte impressão no público, ou para excitação dele, ou para desprestígio do réu. Os do segredo processual são maiores: tolhe ele a fiscalização dos juizes e dos demais funcionários públicos, pelo povo; abre portas a fraudes, violências e truques; acostuma juizes e demais funcionários públicos a tratar os assuntos de justiça como se não devessem prestar contas ao povo; deseduca o povo, ou deixa de educá-lo na sua vigilância em torno das causas judiciárias.

Além da conveniência político-jurídica de obrigar os órgãos estatais a procederem publicamente, tem a publicidade a de criar, ou manter, na consciência pública, o interesse pelas acusações, pelos procedimentos e pelas decisões.

Ainda hoje, com o *Codex tu ris Canonici* (1917), o processo penal eclesiástico é secreto.

Hão de ser públicos (publicidade geral) os julgamentos em audiência e em tribunal. Também os sorteios dos jurados; não, o julgamento pelo júri. *Quivis ex populo,* qualquer do povo, ainda estrangeiro, se residente no Brasil, pode assistir ao que é geralmente público. A lei pode vedá-lo aos estrangeiros de passagem, se há interesse público em que não assistam a algum, ou a alguns atos processuais. A Constituição não assegurou a 24 Dispositivos como os dos cânones 1.943, 1.946, § 2, 10e20e *1.959* do revogado *Codexde* 1917 confirmam a afirmação do autor, como também o *Codex* vigente, de 25.1.83, em cânones como 01.717, § 2e 1.719.

publicidade a quem está de passagem. Mas havemos de entender que o estrangeiro não-residente e réu, ou autor, ou vitima, tem direito à publicidade especial.

Falando-se de publicidade de atos processuais, tem-se, ainda, de atender a que: *a)* há a publicidade em audiência (=

sendo pública a audiência, o que nela se publica tem publicidade geral ou especial); *b)* há a publicidade por editais; *c)* há a publicidade pela publicação em periódicos, *e. g.,* no órgão oficial; *d)* há a publicidade restrita ou especial,

mediante citação, notificações, intimações e avisos.

(8) *Principio da relevância de todas as formas processuais,* segundo o qual toda infração de regra de forma, em direito processual, é causa de nulidade, ou de outra sanção. Se a lei introduz sanação, ou admite a trocabilidade de formas, se o fim foi guardado, atenua o princípio. Se permite que a regra seja violada sem qualquer sanção, fá-la desmerecer da função que toca às regras jurídicas processuais.

No Código de Processo Civil de 1939, os arts. 273-279 continham toda uma teoria das nulidades, fácil de ser entendida, mas, desgraçadamente, mal aplicada por influxo, principalmente, de escritores sobre o direito anterior ao Código de Processo Civil e de leituras de livros estrangeiros que trataram de sistemas jurídicos diferentes.

No Código de Processo Civil vigente, arts. 247~254,25 trata-se do assunto, mas nem todas as regras jurídicas insertas coincidem com as do direito anterior.

(9) *Princípio da pretensão processual dirigida ao Estado,* segundo o qual: *a)* o Estado substitui, quase inteiramente, na vida de hoje, a pessoa que se incumbia de apaziguar, bem como a atuação, mais primitiva, da justiça de mão própria; *b)* o Estado submete-se à sua lei de direito público, assumindo a posição de sujeito passivo da relação jurídica processual. A tentativa de James Goldschmidt *(Der Prozess dis Rechtslage,* 253 s.), para destruir o conceito de relação jurídica processual, falhou. No processo, fora de qualquer dúvida, há situações jurídicas (conceito devido a Josef Kohler), porém o fato da vida jurídica, de que resultam a litispendência, a litigiosidade do objeto e a prevenção da jurisdição, é relação jurídica, e não situação jurídica.

25 Vd. arts. 243250.

Na demanda judicial, têm por fito (subjetivo) o autor e, embora provocado, o réu, conseguir a entrega da prestação jurisdicional sobre o caso. Da parte do autor, objetivamente, a pretensão à sentença, qualquer que seja, pretensão a que Paul Langheineken chamou *Urteilsanspruch;* da parte do réu, porque foi trazido a juízo, a mesma pretensão à sentença, ou à extinção do processo. Conseguida a sentença, cabe ao autor a pretensão à execução forçada, que vem após aquela sentença; porque o Estado estabeleceu a certeza e, não atendendo o réu

condenado, o seu órgão executa o que tocava ao réu. A ação executiva, sem sentença anterior, supõe essa certeza, ainda que menos forte, e a obrigação clara de executar.

O Estado, que se obrigou à prestação jurisdicional, tem o fito principal, hoje em dia, de realizar o direito objetivo, de aplicar o direito que *incidiu,* e assume, ante as partes que lhe reclamem sentença sobre o caso, atitude imparcial, pela impossibilidade de adjetivar a prestação que lhe cabe entregar. É-lhe indiferente que seja favorável, ou desfavorável. Tão acima desses critérios parciais é a função do Estado, por seu juiz, que se prontifica a entregar prestações que não dirimam questões havidas e apenas apliquem o direito que incidiu (ação declarativa). Na ciência, discute-se, ainda, se ao réu corresponde aquela pretensão à tutela jurídica. Walther Grosse (Der Rechtsschutzanspruch des Beklagten, *Zeitschríi,* 36, 113 s.) mostrou que o réu a tem; mais: acentuou a independência dessa pretensão, pois que ela, de regra, é em sentido negativo (Max Pagenstecher, Zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch des Beklagten, *Archiv flir die Civilistische Praxis,* 97, 17 s.). Quando, ainda hoje, os juristas não vêem, ou não vêem com clareza, essa pretensão, são viimas de concepções primitivas e antigas de domínio do homem pelo homem e de situação privilegiada do autor. Neles ressoa o obsoleto de mentalidade hostil à igualdade.

Longa evolução é preciso para que se esvazie a *actio* do seu conteúdo de justiça pelas próprias mãos, ou de Estado parcial. A tendência à imparcialização constitui aperfeiçoamento do Estado, que se reflete nos indivíduos; mas, à base de ambas as desparcializações, estão simetrias econômicas e morais, ou realizadas ou em via de se realizarem.

Donde o valor determinado e determinante da justiça.

O campo da pretensão à tutela jurídica é fechado e obrigatório. Fechado, se bem que exceda o da ação de direito material; obrigatório, com exceção a favor dos exterritoriais, isto é, das pessoas escapas à jurisdição. Fechado objetivamente, porque a lei processual pressupõe satisfeitas exigências suas, além de exigências que seriam as do direito material. Obrigatório, porque não se pode renunciar à pretensão à tutela jurídica. O pacto de *non petendo* só se refere à ação de direito material (Armin Ehrenzweig, *System,* § 137, 1); de modo que só tem de valer nesse e dentro dos limites que esse lhe traça. Fechado, *de lege ferenda,* a correspondência da pretensão processual com a pretensão de direito material e a

sua consistência são argumentos para a sua adoção; *de lege lata,* para a admissão concreta da pretensão processual, esses argumentos são insignificantes, se os textos não se aclaram, apenas, com eles (semelhante, Rudolf Pollak, *System,* 2a çd., 5; Rudolf Lobl, Geltendmachung fremder Forderungsrechte im eigenen Namen, *Archivílir die civilistische Praxis,* 129, 316).

A expressão "jurisdição", no sentido de todo o poder público, toda a *potestas iuris dicendi,* seja legislativa, seja judiciária, seja executiva, denuncia conteúdo medieval. O direito canônico ainda mantém esse significado de abarcamento de todo o poder público; o direito das gentes e o direito público interno laico falam de jurisdição do Estado A e de jurisdição do Estado-membro ou de jurisdição do delegado policial ou fiscal *b.* O exato sentido técnico érestrito; o de julgar, o de dizer qual o *ius* que incidiu: *dicere ius.*

É ao Estado que é dirigida a pretensão processual, não contra os obrigados de direito material. A importância desse princípio é tal que têm falhado as tentativas intelectuais para demoli-lo. Não se dá volta, a formar linha quebrada (autor, Estado, réu), nem tampouco, triângulo (autor, Estado, réu, autor), nem, ainda, a linha reta (autor, réu) de relação de direito público, em que o Estado está presente. O que se constrói, fundamentalmente, é a relação em ângulo (autor, Estado; Estado, réu), como Konrad Hellwig sugeria. Partindo-se disso, as vantagens teóricas e práticas são enormes.

A pretensão à tutela jurídica de modo nenhum impede a lei nova, ainda quando se tenham de respeitar direitos adquiridos. Nem há direito adquirido à pretensão processual, quer da parte do autor, quer do réu. Tampouco as regras de direito material se aplicam a ela (Adolf Wach, *Der Feststellungsanspruch,* 33; Konrad Hellwig, *System,* 1, 298).

Acima dissemos que a regra jurídica que assegura os direitos adquiridos (Constituição de 1967, ari 153, § 30)26

não apanha a pretensão à tutela jurídica. Isso não quer dizer que não haja principio que a assegure. Há, implícita no sistema jurídico constitucional, tal promessa do Estado *(e. g.,* Constituição de 1967, com a Emenda n0 1, ari 153, §

35;27 cf. Constituição de 1946, ari 144). Não é a que deriva do ari 153, § 30, da Constituição de 1967, com a Emenda n0 ~26Const. 88, ari 50 xxxv í. 27Const.

88, ari 5~ xxxív, *b.* 28Const. 88. ari 50 xxxvi.

A ligação da *pretensão à tutela jurídica quanto à decisão* (de condenação, declarativa, constitutiva), incluídos efeitos extraprocessuais, à *pretensão à execução forçada* não é necessária, nem jamais o foi. A ação declaratória prescinde, por definição, da última.

A "execução" é ligada à pretensão à sentença, de regra *somente* nas ações mandamentais, o que veremos adiante.

(10) *Princípio da preclusão, ou da extinção do processo,* ou, melhor, técnica da preclusão, segundo a qual preclusão se estabelece, sempre que se tenha o fito de encerrar a questão, ou de se dividir o tempo da vida dos processos, ou que se comine a perda da faculdade processual de propor ou de contestar. A força formal da coisa julgada prende-se à preclusão de todas as questões propostas ou proponíveis no mesmo processo; a força material supõe essa preclusão, que lhe é elemento necessário, porém não suficiente, e opera para além do momento da sentença trânsita em julgado, portanto em qualquer futuro processo.

Diz-se preclusão a extinção da pretensão à tutela jurídica ou de algum poder processual. Com a coisa julgada formal preclui a pretensão à tutela jurídica, exceto a pretensão à querela de nulidade, aos embargos do ari 741, 1, e à rescisão da sentença (arts. 485-495). A pretensão processual, *e. g.*, a contestar ou a recorrer preclui com a terminação dos respectivos prazos. De regra, ouse deixou de praticar algum ato no tempo em que se poderia praticar ou se devia praticar; ou se praticou o ato ineficazmente, ou nulamente; ou se praticou ato incompatível com o que se poderia ou deveria praticar.

A preclusão processual ou extinção do processo corresponde, em suas conseqUências, à preclusão de direito material: algo termina, algo não mais se pode fazer. A preclusão, no direito processual, não atinge o direito material, salvo para criar-lhe exceção, que é encobrimento de eficácia (exceção de coisa julgada material), conforme o ari 268, parágrafo único, do Código. No direito material, a preclusão ou apanha direitos, ou pretensões, ou ações, ou exceções.

(II) *Princípio chamado da eventualidade* é o principio segundo o qual se fixam prazos de preclusão às alegações das partes (comunicações de vontade e comunicações de conhecimento). Pensa-se que começou de esboçar-se nas

cidades italianas e, no século XV, culminou no processo alemão perante o tribunal cameral. À tese e à antítese sucedeu a síntese contemporânea, que consiste na admissão do principio ou do seu contrário, conforme sugestões de política processual. Assim, no Código de Processo Civil de 1939, foram vestígios do princípio da eventualidade (antiese): os arts. 157, 181 (imodificabilidade e inaumentabilidade da demanda), 182

(preclusão para certas exceções), 1.009 (prazo para os embargos do executado), e 269 (cláusula da instrução).

No Código de Processo Civil de 1973, o ari 264 estatui: “Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei.” E o parágrafo único: “A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo.” Adiante, o ari 267: “Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito: VIII quando o autor desistir da ação”; e o § 40: “Depois de decorrido o prazo para a resposta, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação.” Ainda, arts. 304, 738 e 454.

(12) *Princípio da livre dicção do direito objetivo* (“lura novít cuna”). O direito canônico (C. 44, X, *de apell.*, 2,28) dizia; “iuris probationes apud nos necessarie non existunt”; mas explicava-se, na doutrina, que somente se pensava no direito interno (C. Gross, *Beweistheorie im Kanonischen Recht,* 39; também, Rudolf Pollak, *System*, 478). Não causa surpresa a ninguém que esse princípio tivesse surgido, de começo, bruxuleante, depois em aforismo de mau latim *(Jura,* em vez de *lus),* mas de excelente enunciado nos séculos que levam à Renascença, isto é, à fracassada tentativa mediterrânea de liberdade e democracia.

O velho princípio *lura novit curia* é tradicional no direito luso-brasileiro.

Error vel ignorantia iuris non excusat. Error iuris cuique nocet. Tais princípios se referem, não à *aplicação* da lei, mas à sua *incidência.* Se assim não fora, chocar-se-iam com o princípio *Jura novit curia,* que permite ao juiz aplicar a lei que incidiu ainda que as partes tenham, por ignorância ou por erro, invocado outra.

(13) *Princípio da’ relevância de toda regra de competência,* segundo o qual só a

regra expressa pode modificar as normas gerais e permitir a escolha pela parte. Se a lei não cria exceção ao princípio, não existe exceção .

(14) Chama-se *princípio da audição jurídica* àquele que exige que ninguém se haja como parte sem ter sido ouvido. É o princípio da ouvida necessária ou de direito, *Grundsatz des Rechtlichen Gehors.* Se há angularidade da relação jurídica processual, necessariamente houve audiência de duas pessoas, pelo menos: o autor e o réu.

Qualquer processo civil, ainda arbitral, submete-se à tautologia de que só se pode prosseguir com a ouvida da outra parte; e o próprio autor, no que lhe interesse após a petição, tem de ser ouvido. Quando se pratica o ato processual, sem se ter ouvido a parte, que teria prazo para falar, ou algo determinar, infringe-se o princípio da audição jurídica. Não se pode renunciar, de início, ou em geral, às audiências e vistas, mas é renunciável o direito à audiência ou vista de cada ato processual.

A audiência é bilateral *(Audiatur et altera pars),* porque a relação jurídica processual tem de ser angular.

3. Lei processual e unidade de legislação A primeira lei, feita na República, que, sendo de direito processual e sem a escusa de conter regra de direito processual dito materializado, aliás “federalizado” (tais como se encontravam no Código Civil e na Lei de Falências), se destinou a todo o país, foi a Lei n0 319, de 25 de novembro de 1936. Na Constituição promulgada em 1891, cabia aos Estados-membros legislar sobre o direito processual, quer penal, quer civil. O Congresso Nacional legislava sobre o processo na Justiça Federal, nas Justiças do Distrito Federal e do Território do Acre. Com a Constituição de 1934, volveu à legislatura central, como fora a tradição do Império, a competência legislativa em tais assuntos. Dizia o ari 50, XIX, *a),* que competia privativamente à União legislar sobre direito penal, comercial, civil, aéreo e processual, registros públicos e juntas comerciais.

No terreno jurídico, foi a maior inovação de 1934. As dúvidas nascidas da incerteza a respeito das fronteiras entre o direito material e o direito formal, que por vezes se resolviam na “materialização”, por parte da República, de regras que caberiam aos Estados-membros, por serem, normalmente, de direito formal, desapareceriam com o texto constitucional de 1934. Tal desaparecimento só se

efetivaria quando ou à medida que o Poder Legislativo central exercesse a sua competência, estabelecendo, realmente, a unidade do direito processual. Enquanto o Poder Legislativo não usasse da sua competência legislativa no tocante ao direito processual, haveria época de transição, que manteria, sob a competência única, a situação efetiva da pluralidade de legislações processuais locais. Em todo caso, os Estados-membros já não podiam derrogar ou revogar as leis processuais que vigoravam a 13 de julho de 1934. Como curiosidade histórica, aquela situação anômala apresentava a unidade de competência, devendo, pois, haver lei igual para todos os jurisdicionados do Brasil, a pluridade efetiva, quebrando essa igualdade, sem a justificativa da desigualdade de circunstâncias.

Dentre as matérias compreendidas na competência do Poder Legislativo central para legislar sobre processo estavam, e estão, os recursos, bem como os remédios jurídicos contra as sentenças passadas em julgado. A Lei n0

319 constituiu o primeiro passo para a uniformização do processo das Justiças locais. Além do seu interesse prático, que era enorme, dada a diversidade, até então vigente, de recursos, nos diferentes Códigos e leis processuais, tinha o interesse politico, que não era somenos. Certamente, não podia o legislador central, porque infringiria o ari 113, 1), da Constituição de 1934 estabelecer normas de direito processual para um só, ou para alguns dos Estados-membros, ou somente para o Distrito Federal e o Território do Acre. A legislação processual local teve de ser a mesma. Restava saber se a Constituição permitia fossem diferentes a legislação processual para a Justiça Federal e a legislação processual para a Justiça dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Territórios.

Nenhum principio explícito ou implícito se opunha a tal diversidade. Todavia, desacertado teria andado o legislador central se tivesse pretendido manter a diferença entre o processo na Justiça Federal e o processo nas Justiças locais. O que realmente se justificava era a variedade das normas quanto à organização judiciária, quer entre a Justiça Federal e as Justiça locais, quer entre essas. Ainda na matéria de recursos, não havia nenhuma conveniência salvo, está claro, quando a distribuição da competência constitucional obrigasse a legislação especial em se multiplicar o critério adotado. Como era de esperar-se, ao ter de ser elaborado o Código de Processo Civil de 1939, o legislador evitou diferenciações entre os recursos cabíveis na Justiça Federal e os recursos

cabíveis nas Justiças locais, bem como no que concerne aos próprios pressupostos de cada um dos recursos. Aliás, já se havia extinto a Justiça Federal de primeira instância, se bem que se houvesse mantido a regra de competência distintiva.

Só assim serviria ele, no terreno político, e no próprio terreno da técnica jurídica (a que tais pluralidades são sempre nocivas), ao propósito unificador e, para melhor dizê-lo, harmonizador, que se inaugurou com o ari 50 XIX, *a),* da Constituição de 1934.

Se procurarmos as causas do pouco desenvolvimento que teve entre nós a ciência do direito processual, dentre ela ressaltará a de não ter havido a colaboração dos pesquisadores, dos juizes e dos advogados *de todo o país* na feitura e na aplicação das leis processuais. Tantas eram elas, e tão mudáveis ao talante dos legisladores locais, que dificilmente se sabia qual o texto em vigor. Em certos momentos da vida jurídica da primeira República, mais fácil era ao jurista informar-se da legislação processual dos Estados estrangeiros do que da legislação processual de algumas partes do Brasil. A lição do Tribunal de um Estado-membro raramente era útil à Justiça de outro Estado-membro, do Distrito Federal ou do Território do Acre. Passava-se o mesmo com o esforço do Tribunal de Justiça do Distrito

Federal. Mas, além disso, causava danos enormes a influência da jurisprudência de um Estado-membro ou do Distrito Federal na Justiça de outro lugar, onde a lei não era precisamente igual. Surgia a balbúrdia. Donde uma porção de inconvenientes, sem qualquer conveniência positiva. Com o advento do Código, quaisquer que fossemos seus defeitos, e não eram tantos quantos se diz, duas vantagens enormes teve o pais: a realização do que se desejava quando à *unidade do direito processual;* a oportunidade para que inteligências de todos os recantos do território, estatudando-o, aplicando-o, se volvessem para os *assuntos científicos de direito processual,* inclusive para as partes de técnica legislativa de processo, de técnica de interpretação e aplicação das leis processuais.

4. Dados históricos Em 1831, deu-se às Províncias a competência de constituir e organizar a justiça de primeira instância. Estava-se na maré montante dos poderes locais, que se cristalizou no Ato Adicional de 12 de agosto de 1834. A Assembléia Provincial de Pernambuco votara a Lei de 16 de agosto de 1836 e discutiu-se, na Câmara dos Deputados, a constitucionalidade de tal ato. Um

deputado de Pernambuco, Luís Cavalcanti, deu parecerem separado, na Comissão a que tocou o estudo: “Lembram alguns”, disse ele, “inconveniente de poderem aparecer dezoito diferentes Códigos das diversas Províncias” (seriam então dezoito, porque só em 1850 o Amazonas se separou do Pará e em 1853 o Paraná se afastou de São Paulo), “que não possam facilmente ser conhecidos pelos magistrados dos tribunais. Entendo, porém, que, sendo os magistrados especialmente destinados ao conhecimento das leis, seu oficio lhes impõe o dever de estudar as leis de todas as Províncias, aonde sua jurisdição se estender; além de que as Províncias hão de seguir muito o exemplo uma das outras e conseguinte-mente não terão de verificar-se tantas diferenças de Códigos; antes poderemos ter a vantagem de ser mais imitado o Código que tiver produzido bons efeitos em alguma Província, livrando-se assim da calamidade de sofrermos hoje pelo Código de Processo Criminal decretado pela Assembléia Geral”.

Tudo que o deputado de Pernambuco previra se deu, entre 1891 e 1934, exceto o estudo acurado das leis processuais dos outros Estados-membros, porque os casos de direito processual interlocal eram poucos, raros até. A imitação foi a regra; mas tal imitação provou o contrário da vantagem de pluralizar as leis de processo: evidenciou a desnecessidade de passar às Assembléias locais a competência legislativa. O bom senso e a força mesma das leis sociológicas fizeram surgir as campanhas a favor da unificação e da unicidade, que é mais, até que tivemos o desfecho de 1934, que antes examinamos (mais espaçadamente, à nota 3). O Ato Adicional (ari 10, incisos 1 e 7, ari 11, inciso 7) foi restringido pela Lei de Interpretação, de 12 de maio de 1840, arts. 20 e 40•

As duas tendências continuaram a lutar e explodiram na Constituinte republicana, onde os interesses econômicos eram assaz ligados à autonomia local mas ainda pouco esclarecidos para que pudessem perder ensejo de cavar mais fundo o traço separador. Em verdade, a unidade do processo muito de leve, por bem dizer intimamente, embaraçaria os movimentos dos poderes locais, e 1934 provou que era fácil abrir-se mão da pluralidade conseguida havia mais de quarenta anos, quase meio século de teimosia pluralista.

Na Constituinte de 1891 e antes, ainda com mais arrojo, ao proclamar-se a República, a pluralidade foi defendida, não só para o direito formal como para o direito material. Era campeão o próprio Ministro da Justiça, Campos Sales, homem de algumas convicções republicanas, mas apriorista, jurista medíocre,

localista ao extremo.

Sobretudo, sem visão do futuro. O Código Civil (que constituía aspiração do pais, e os povos assaz se interessam pela própria uniformização e unificação interestatal de algumas leis) não se fez em 1889-1891, por culpa dele. A pluralidade de leis obcecava-o. Pertencia àquela camada de fundadores da República, que nela via o corte a certas peias centrais, e a invocação do exemplo norte-americano apenas coincidia com o seu pendor dissociante. Reler-se, hoje, o que escrevera no Aviso n0 3, de 21 de novembro de 1889, ao dissolver a comissão para o Projeto do Código Civil, nomeada pelo Império a 10 de junho do mesmo ano, é vislumbrarem-se a falta de visão político-jurídica de Campos SaIes e uma das causas do movimento de 1889 (esperança de aumento dos poderes locais, óbices definitivos às reformas sociais que os jovens estadistas do Império fariam): “A confecção das leis que regulam as relações civis dos cidadãos dos diferentes Estados não entra na legitima esfera de ação do Poder Legislativo Federal”. Para alguns filhos de Estados-membros grandes, República significava Federação, e Federação mais Confederação do que outra coisa. Campos SaIes ia ao ponto, e não único, creio bem, como erro de técnica e de terminologia, de falar das “soberanias” dos Estados. A unidade do direito material prevaleceu, contudo, no Governo Provisório, vencido o Ministro da Justiça.Os Decretos n0 510, de 22 de junho, e n0 914-A, de 23 de outubro de 1890, traduziam a opinião vencedora. Já constituía grande concessão a pluralidade de legislação processual, repelida pelos verdadeiros juristas da Constituinte de 1891. Tivemos então o direito material (A) com o centro, o processo (B) e a organização judiciária (C) com os Estados-membros, em vez de A, B e C com o centro, conforme a feição anterior ao Ato Adicional e a posterior a 12 de maio de 1840, ou A e B com o centro e C com os Estados-membros, como em 1934. A Comissão que o Governo Provisório de 1889-1891 nomeara propunha o seguinte trecho: “Compete ao Congresso Nacional: 13. Organizar, no prazo máximo de cinco anos, a codificação das leis civis, comerciais e criminais que devem regular as respectivas relações de direito em todo o território nacional, bem como a codificação das leis de processo, sendo lícito aos Estados alterar as disposições de tais leis em ordem a adaptá-las convenientemente às suas condições peculiares. Excedido esse prazo, sem estar feito o trabalho de codificação, fica livre aos Estados organizar por si as codificações das leis.” O que se pretendeu com a diferenciação do Direito seria contrário às leis sociológicas. O exemplo, que hoje se traz à baila, da Rússia, partida em

Repúblicas, depois de ter sido Império unitário, é falso exemplo. Ali, o "fim único", o fim revolucionário, pelo qual se têm de conferir atos, leis e Constituições, assegura unidade ideológica, que põe de parte aquela prova de se haver marchado para a desmembração. Não há, portanto, argumentar com a Rússia. O

que lá se vê é exatamente a autonomia maior, *permitida* pelo elemento novo, unificador, do "fim revolucionário" único. Na Suíça, nos próprios Estados Unidos da América, tendentes hoje às leis uniformes, o que se verifica é a integração, e não a diferenciação do Direito. Demais, o que fez a força dos países anglo-saxões e da Rússia contemporânea foi o municipalismo, a pequena unidade administrativa, democrática, a descentralização da administração, com a vantagem de poder ser planificada a economia sem matar as autonomias locais. E isso nada tem com o processo civil e sua unidade.

Problema diferente do que toca à legislação processual é o da *organização da Justiça,* isto é, dos quadros julgadores e do provimento de cargos. Tal alteração à política imperial se vinha acentuando e constituiu um dos pontos do Manifesto republicano de 1870. Os dados com que se tem de pensar para se resolver se deve ficar com o poder central ou com os poderes locais o legislar sobre organização judiciária, inclusive provimento de cargos, não são os mesmos com que se há de contar para responder à pergunta tantas vezes feita aos políticos brasileiros: Ao poder central ou aos poderes locais deve caber legislar sobre processo? Ainda se poderia proceder a outra dissociação: organização e provimento, por que nada obstaria a que o Poder Legislativo central organizasse a Justiça de todo o território e deixasse às unidades intra-estatais o provimento dos cargos, dentro das suas circunscrições. Mas seria de somenos importância. Em verdade, a questão está mais no direito de organizar do que no de prover. A tradição dos Estados federativos é pela atribuição local, se bem que não sem exceções. Os raciocínios partem em geral do seguinte: *a)* se é certo que não se pode estabelecer organização judiciária sem que se conheça a lei processual adotada, competência para se legislar sobre processo e competência para se legislar sobre organizações judiciárias devem andar juntas: ora, se a organização judiciária cabe aos Estados-membros, a eles há de caber toda a legislação formal respectiva (Constituinte de 1891); *b)* se a adoção de corpos judiciários é independente da lei processual que se adote, pois essa dirá que há x instâncias e o legislador local deve organizar tais x instâncias, sem que tenha de se

submeterás normas do centro quanto à composição, ao poder local é dado ficar com a competência de legislar sobre organização judiciária, inclusive provimento de cargos.

Soltou-se, assim, a partilha ao modo de J. V. Lastarria, em livro que foi muito lido pelos fazedores da República de 1889, e passou-se a outro tipo, que substituiu ao problema encontradiço Que é direito material e que é direito formal? outro Que é direito de organização judiciária e que é legislação processual? J. V. Lastarria e os positivistas tinham razão na parte da administração; não da legislação dos direitos civil e comercial, penal e judiciário (inclusive processual).

Empalideceram alguns temas que constituíram objeto de discussões:

a) A matéria da prova pertence ao direito material ou ao direito formal? *b)* Qual o Poder Legislativo que deve fazer a lei sobre falência? *c)* O prazo fixado à preclusão da ação rescisória é de direito processual ou de direito material?

Outros ainda ficaram, principalmente relativos à revogação e derrogação das leis (direito intertemporal). O Código Civil e outras leis de direito material invadiam e invadem o campo do direito processual, e vice-versa. Ainda após, o Código de Processo Civil de 1939, *e. g.,* no ari 302, IX eX, em suas relações com o Código Civil, ari 660, a Lei n0 5.481, de 25 de junho de 1928, e o Decreto-lei n0 3.365, de 21 de junho de 1941. *Efeitos de direito formal* são tidos como de direito material, *efeitos de direito material* como de direito formal, o que dificulta a solução das questões de direito intertemporal e de fontes e interpretação das leis, concorrendo para erros dos juristas e dos juizes. A discriminação cuidadosa desses efeitos é indispensável a todo comentário científico do Código de Processo Civil. O efeito constitutivo suscita problemas sutis e dignos das boas inteligências, pela constitutividade mesma que pode nascer do direito material e projetar-se no direito processual, utilizando-lhe a forma e o próprio ato do juiz. Infelizmente, os legisladores do Código não tinham vivas as noções de direito material e formal, o que nos aumentou o trabalho de interpretar e construir.

(A alusão do Preâmbulo é ao ari 180 da Constituição de 19372~ que, a despeito de ter sido obra ditatorial e de propósitos ditatoriais, foi a mais violada das Constituições brasileiras, o que demonstrou o nenhum amor à Justiça, à Ordem jurídica e ao Direito, de parte do grupo que veio de 1930 em diante. O Código de

Processo Civil foi obra de dois advogados que se dedicaram ao Direito e muito fizeram, embora mortos pouco tempo depois.) *5.* Processo “civil” “Civil” abrange, no sentido acima, todo o processo das ações cíveis, em contraposição às criminais e às de direito público. Enganar-nos-íamos, porém, se crêssemos que nenhuma ação de direito público foi incluída. Muitas ações são de direito público, *e. g.*, as da Fazenda Pública para cobrança de impostos ou taxas.

Também são de direito público as ações para suspensão ou demolição de obra infringente da lei, obstrução de valas e outros.

Civil: ou se trate de ações de direito civil ou de ações de direito comercial. O Império do Brasil tivera a dupla legislação, até que a República, pelo Decreto n0 763, de 19 de setembro de 1890, mandou aplicar ao processo das

“causas civeis em geral” as disposições do Reg. n0 737, de 25 de novembro de 1850, continuando em vigor, porém, as regras concernentes “aos processos especiais não compreendidos no referido Regulamento”.

Cumpre observar-se que a cobrança de dividas ainda de direito público que não cabem nas ações a que se atribui executivo fiscal, segundo a legislação especial, 1938, se faz conforme as regras do Código de Processo Civil. Bem assim, quaisquer outras ações, de direito público, para as quais não haja *lex specialis.* Adiante, nota 7).

6.Interpretação das regras de direito processual As regras de direito processual devem interpretar-se como regras de direito público, sem a preocupação de abrangência dos casos que a lei de direito material comporta. Nunca se deve perder de vista que são regras para realização do direito objetivo e resolução de conflitos, de modo que esse caráter há de inspirar o legislador.

A principal regra jurídica de interpretação do direito processual é a que se pode formular do modo seguinte: “A regra jurídica processual há de entender-se mera regra para que se realize o direito objetivo e, pois, no Refere-se o autor ao preâmbulo do Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-lei n0 1.608. de 18 de setembro daquele ano).

sentido de não atingir o direito material. Se, em algum ponto, há derrogação a esse, em vez de (ou) junto à regra jurídica processual está a regra de direito

material, heterotópica, a que se deve tal derrogação". Na interpretação mesma da regra de direito processual não se deve adotar a que lhe atribua dificultar ou diminuir eficácia das regras de direito material, como se ela criasse óbice ou empecilho à prestação de direito material.

Os princípios que regem as nulidades, no Código de Processo Civil, mostram que não se adotou o formalismo anterior e que se põe o processo a serviço dos direitos, pretensões, ações e exceções das partes, e não como algo de rígido, que os possa sacrificar.

7. Conceito contemporâneo de processo civil O processo é caminho em momentos seguidos algo se desenvolve; há pluralidade de atos que se encadeiam, subordinado cada um deles, ou de per si, a regras jurídicas, ditas processuais, o que o torna *juridicidade* independente, mas engastada no mundo jurídico.

A matéria que se examina nas questões, desde o pedido, sói ser penal, civil ou administrativa, o que não pode deixar de modificar as regras jurídicas processuais, segundo o direito material que rege a *res in iudicium deducta.*

Há, porém, um ponto sobre o qual não se tem prestado a devida atenção, em parte devido à inferioridade dos sistemas jurídicos, no que respeita à insuficiente judicialização das questões de direito constitucional, administrativo e público não-penal e não-administrativo. Raros são os sistemas jurídicos que, como o sistema jurídico brasileiro, submetem à apreciação judicial quaisquer questões constitucionais e desconhecem direitos individuais que não tenham tutela jurídica pelos órgãos do Poder Judiciário. O ari 153, § 40, da Constituição de 1967, com a Emenda n0 130 (cf. ari 141, § 40, da Constituição de 1946), é a regra jurídica de mais~ alto grau, a que se chegou, na técnica legislativa constitucional.

À medida que as questões administrativas passavam a ser sujeitas a exame judicial, o processo "civil" ganhava em aplicação. Ele, que se chamara "civil", porque o direito regedor das controvérsias, que mediante ele, tinham de ser resolvidas, era o direito civil, se tornava o processo próprio à exigência das pessoas cujos direitos, pretensões, ações e exceções são de direito público. É por meio do processo civil que se pleiteia, por exemplo, a reintegração do funcionário público, ação tipicamente de direito público.

30 Const. 88. ari 50, xxxv.

O nome “processo civil” já hoje não corresponde ao velho processo civil em que só se apresentavam pedidos de direito civil. Litígios que, nos nossos dias, se travam em processo civil, pertencem, em grande parte, ao direito

-público, e nada têm com o direito civil. Mais ainda: ações que não supõem litígio e pertencem ao direito público se tratam com a forma do processo civil. O que se transferiu ao exame do Poder Judiciário, quer em jurisdição contenciosa, quer em jurisdição voluntária, retirado ao Poder Executivo (à administração), ou, apenas, em novo plano jurídico, não se criou processo próprio, integrou-se no que encontrara como direito material correspondente ao processo civil. Quando, agora, juristas escrevem que “no processo civil se discute e resolve conflito de direito civil”, ou, mais largamente, questão de direito civil, não percebem que a noção, que eles apresentam, de processo civil, é noção de muito superada. Não mais se discutem e se resolvem, no processo civil, somente questões de direito civil, nem, sequer, somente questões de direito privado. Com a evolução social e técnico-jurídica, houve extrapolação do conceito.

8. Processo de cognição e processo de execução A dicotomia dos procedimentos em processos de cognição e processos de execução prende-se à época em que os processualistas não haviam classificado, com rigor científico, as pretensões e ações. Todavia, não esperemos que cedo se libertem dela. O que eles chamam processo de cognição não é mais do que o processo que não é o que corresponde à execução. Porém, ainda com essa explicação, que não chega a ser justificação, não atendiam a que as ações executivas com adiantamento de cognição estariam, com razão igual, em qualquer das duas classes, a que há ações de cognição com carga imediata de executividade e a que muitas questões se levantam durante o processo das execuções que não são questões de execução nem a elas corresponde processo executivo *(e.* g., embargos de terceiro à execução). Demais, que seria cognição, em sentido tão largo e ao mesmo tempo tão estreito? Dar-se-á que não haja cognição em tantos despachos durante a execução?

Dar-se-á que o conhecer para executar seja diferente do conhecer para que depois se execute? Em verdade, chamou-se processo de execução ao processo das execuções *de sentenças.* A cognição teria ficado atrás, exaurida na sentença. Ao procedimento em cujo remate ficou a sentença dito, então, procedimento de execução sucede o procedimento de execução. Com isso, só se via a ação

iudicati (cuja força é executiva, portanto de eficácia executiva 5), estabelecida, mediatamente, pela carga eficacial 3 da sentença condenatória, e deixavam-se de ver as ações executivas em que se pede a condenação (= com força de executividade e 4 de condenatoriedade).

Ora, nos nossos dias, há procedimentos especiais às ações declaratórias, condenatórias e constitutivas, procedimentos especiais às ações mandamentais e procedimentos especiais às execuções. Mas ilusão seria estabelecer-se classificação que correspondesse à classificação das ações. O valor da dicotomia "procedimento de cognição, procedimento de execução", no plano teórico e no prático, é quase nenhum. Pode-se tratar, a fundo, o processo civil sem qualquer alusão a ela.

Tem *cognitio* o juiz que pode conhecer do pedido de tutela jurídica. Toma *cognitio* ojuiz que do pedido conhece. O

procedimento *per cognitionem,* no direito romano, distinguia-se do procedimento *per formulam* a que sucedeu; mas a dicotomia não interessa ao conceito de cognição, tal como hoje se tem. O juiz conhece de quaisquer pedidos, sejam de declaração, de constituição, de condenação, de mandamento, ou de execução. Todos os juizes dos nossos dias são órgãos do Estado, exceto os arbitrais. Enquanto, no direito romano, a regra era a escolha do juiz, para se lhe submeter a questão exposta na fórmula processual, tendo sido posterior o juiz independente da escolha das partes, a regra, no direito contemporâneo, é o juiz funcionário judiciário e excepcional o juiz arbitral. Já qualquer juiz tem o *imperium,* tal como exsurgiu com a *cognitio extra ordinem* ou *extraordinaria cognitio.* Ainda quanto à execução forçada, completou-se, nos nossos dias, a evolução que se iniciara no direito romano; de modo que há cognição na execução.

A despeito de que o direito processual civil devia atender, com as "ações", à classificação das ações, o vigente Código de Processo Civil pôs em evidência a dicotomia, de modo que não levou em consideração as ações (no sentido científico). Emprega-se, além disso, a expressão "conhecimento" em vez de "cognição", e assim se comportou o legislador como se não pudesse distinguir "descobrimento" e "descoberta".

DO PROCESSO DE CONHECIMENTO

Título 1

DA JURISDIÇÃO E DA AÇÃO

Capítulo 1

DA JURISDIÇÃO

Ari 1º A jurisdição civil 1) 3>, *contenciosa e voluntária* 4), ~ *exercida pelos* juizes, *em todo o território nacional* 2) *conforme 5) as disposições que este Código estabelece.*

1. Finalidade do processo; função judiciária ; petição e demanda

(a) A finalidade preponderante, hoje, do processo é realizar o Direito, o direito objetivo, e não só, menos ainda precipuamente, os direitos subjetivos. Na parte do direito público, tendente a subordinar os fatos da vida social à ordem jurídica (sociologicamente, a prover ao bom funcionamento do processo de adaptação social que é o Direito), uma das funções é a da *atividade jurisdicional* (dissemos uma das funções, porque muitas outras existem, como a da polícia preventiva, a da fiscalidade, a da administração e a da própria atuação educacional do Estado).

Anteriormente, nos comentários ao início do Código de Processo Civil, ao tratarmos do *princípio dapretensãoprocessual dirigida ao Estado,* frisamos que a expressão ‘jurisdição”, no sentido de todo o poder público, seja legislativa, seja judiciária, seja executiva, revela conteúdo medieval. O sentido exato é o de poder dizer o direito *(dicere ius),* razão por que se há de exigir o pressuposto conceptual de julgamento, de “dizer” *(dictio)* qual a regra jurídica, o *ius,* que incidiu.

(b) Desde que a natureza do Estado obrigou, se não à extinção, pelo menos à grande diminuição da possível justiça de mão própria, impôs-se-lhe proverá distribuição dos julgamentos onde quer que se faça preciso restaurar o direito ferido. Seria erro crer-se que a organização judiciária é conseqüência necessária do direito objetivo. Não seria impossível a concepção romana primitiva, nem a estrutura de vida social em que as ofensas aos direitos ficassem entregues inteiramente a árbitros, portanto a terceiras pessoas que não são órgãos estatais.

O Estado só responde e só se interessa pela função judiciária dentro da sua esfera. O direito objetivo que ele aplica é o seu ou o de outro Estado; por onde se vê que não existe ligação necessária entre o direito objetivo e o aparelho de justiça. O *processo não é mais do que o corretivo da imperfeita realização automática do direito objetivo.* Daí dizerem muitos juristas que é meramente instrumental. Outros vão além: consideram as normas processuais como secundárias, inconfundíveis com as normas materiais, tidas por primárias. Legislação e Justiça seriam funções sucessivas, em ordem decrescente. Não é aqui o lugar para se criticar tão defeituosa compreensão da atividade jurisdicional, nem para se chamar a atenção, o que seria fácil, para a arbitrariedade separativa que faz do legislador o único foco da elaboração jurídica, e da justiça atividade de segunda plana, mecânica e incapaz de criação. À base de tudo isso está a inadmissível identificação do *direito* e *lei.* O legislador faz a lei. O direito é feito pelo legislador e por outros aparelhos jurisferantes, dentre os quais está o juiz, desde que não se apague a origem democrática da lei, princípio básico nos países civilizados.

No momento em que alguém se sente ferido em algum direito, o que por vezes é fato puramente psicológico, o Estado tem interesse em acudir à sua revolta, em pôr algum meio ao alcance do lesado, ainda que tenha havido erro de apreciação por parte do que se diz ofendido. A Justiça vai recebê-lo, não porque tenha direito subjetivo, de direito material, nem, tampouco, ação:

recebe-o como a alguém que vem prestar perante os órgãos diferenciados do Estado a sua declaração de vontade, exercendo a sua *pretensão à tutela jurídica.* A *petitio* não é mais do que ato jurídico processual, como existem os atos jurídicos de direito civil, de direito comercial, de direito administrativo, de direito das gentes.

A *justiça de mão própria* foi a justiça primitiva. Mas, a pretexto de justiçar, o mais forte fazia prevalecer o que lhe interessava. Aos poucos foi-se introduzindo a escolha de juiz e, depois, a vigilância estatal para essa escolha. A justiça estatal, como é hoje, resulta de desenvolvimentos milenares. À medida que se acentuava e se estendia, proibiram-se os atos de justiça de mão própria. A substituição dessa por aquela processou-se mediante a assunção da tutela jurídica pelo Estado, que a prometia e criava os órgãos necessários a ela.

(c) A *petitio* contém, como veremos, elemento de *comunicação de vontade*, que é o desejo de solução *à* demanda, *comunicação de conheci - mento,* que são as afirmações em juízo (aí, na petição inicial); mas o que prepondera é a *declaração de vontade,* com que se estabelece o ato jurídico de direito público entre o Estado e o autor, depois entre Estado e réu. Teremos ensejo de explorar e usar o conteúdo dessas vontades, a que a ciência do direito processual conseguiu chegar.

Mediante tal explicação, fica sem pertinência o espanto daqueles que se detinham em excogitar o problema de ir alguém a juízo sem razão, isto é, sem pretensão de direito material. Houve quem pensasse que a coerência ordenava fossem punidos todos aqueles contra os quais se pronunciassem os julgados definitivos. Nem isso se dá, nem seria possível se desse sempre, porque o Estado só organizou a lide judiciária com o intuito de pacificação, como sucedâneo dos outros meios incivilizados de dirimir as contendas, e o de realização do direito objetivo, que é abstrato. *Paz,* mais do que *revide,* é a razão da Justiça.

Existe, pois, *direito público subjetivo a que o Estado,* por seus órgãos, *preste justiça.* É o direito à prestação jurisdicional. Ou, melhor: a *pretensão à tutela jurídica,* de que é espécie a pretensa o à resolução judicial. O sujeito ativo é aquele que vai ajuizo, o sujeito passivo é o Estado ou, por ele, seus órgãos

. A mesma relação pode ser de direito privado no caso dos árbitros, quando a declaração de vontade dos que se submetem põe no lugar do juiz estatal o juiz extra-estatal. Por vezes, o Estado leva até ai o seu interesse pela justiça e organiza o próprio juízo arbitral, cercando-o de regras de direito processual, portanto de direito público.

O indivíduo, que vai ajuizo, declara o que pretende *(petitio)* , alega ter direito subjetivo, ou pretensão, embora o direito caiba a outro, e termina por pedir que os órgãos do Estado *apliquem* o direito objetivo. O Estado éduplamente interessado em tal função: mediante a atração dos que se crêem lesados, ou que crêem ofendido direito cuja ação lhes caiba, propugna a paz; mediante a oportunidade, que se lhe dá, de dizer ou redizer o direito objetivo e realizá-lo, promove a plenitude do processo social de adaptação, que é o Direito.

Se o que veio perante o juiz, com a sua declaração de vontade, e suscitou, assim, o ato jurídico-processual, tinha direito subjetivo de direito material, ou não o

tinha, dispunha de pretensão, ou não dispunha, é indiferente à função integradora da ordem jurídica, que tem a Justiça. Por isso, o que usa de remédio processual exercita pretensão preexistente, além do direito de estar em juízo, a pretensão à tutela jurídica, conferida, conforme os tempos e os lugares, ora a todos os que se acham no pais, ora só aos domiciliados, ora só aos nacionais, ora à parte dos nacionais. Bastaria tal fato para mostrar que os princípios que regem. o direito processual não coincidem com os que governam o direito material. O que comparece para pedir a indenização do dano sofrido exercita o direito público de invocar a justiça (pretensão à tutelajurídica), ou pedindo apenas sentença *(Urteilsanspruch)* ou já pedindo execução (*Vollstreckunsgsanspruch),* entrega a sua pretensão à forma processual adequada (obrigatória ou facultativa) e quer que, exercitada a *actio,* se lhe dê ganho de causa quanto à pretensão de direito material, talvez pretensão sujeita a exame apenas para efeitos declarativos da sentença.

O *exercício* da pretensão à tutela jurídica, que se concretiza na demanda, subordina-se à especialização dessa (problema de técnica legislativa de direito processual, para o qual a especialidade natural da pretensão à tutela jurídica é "dado"). *E. g.*, o legislador processual pode "errar", fazendo processo executivo o que não o merece, tal como ocorria com os honorários médicos sem prova escrita, no direito anterior; ou não o permitindo onde seria de admiti-lo.

O réu, defendendo-se, *exerce,* como o autor, a sua pretensão à tutela jurídica.

(d) *Demanda* é o ato jurídico com o qual o autor põe o juiz na obrigação de resolver a questão, ainda que seja "se cabe a constituição ou o mandamento, ou a execução". À base da sua legitimação para esse ato jurídico estão a capacidade de ser parte e a necessidade da tutela jurídica (uma e outra pré-processuais). Da demanda é que surge o dever concreto de resolver; o de dar sentença *favorável* é dependente de ser *fundada* ("procedente") a ação.

2. Território nacional "Todo o território nacional" significa onde quer que autoridades *brasileiras,judiciárias,* tenham de decidir questões de direito civil ou de outro ramo do direito. Se, ainda fora do território que pertence ao Brasil, algum juiz brasileiro, ou que decida em nome do Brasil, tiver de processar as ações acima referidas, é de se supor que tenha de obedecer ao Código de Processo Civil do Brasil.

Tal suposição só se elide, formalmente, se se trata de matéria que toque a alguma das leis especiais, como ocorre com as leis a que se referem os arts. 1.217 e 1.218~’ deste Código de Processo Civil, ou, materialmente, se alguma regra jurídica brasileira, interestatal ou supra-estatal a tiver excluído.

31 O ari 1.217 deixou de viger pela superveniencia das leis de adaptação nele referidas (Lei n0 6.014, de 27.12.73 e Lei n0 6.071, de 03.07.74). O ari 1.218 foi derrogado por leis supervenientes, que serão indicadas nas notas de atualização daquele dispositivo.

A ordem jurídica, a que corresponde o direito material, e a da tutela dos direitos não é uma só: nessa, o Estado está em frente às pessoas que precisam da tutela jurídica, como devedor do que na Constituição e nas leis prometeu.32

Todo o processo tem por finalidade o adimplemento dessa promessa, com que se eliminou a primitiva *justiça de mão própria.*

Todo o exercício da pretensão à tutela jurídica supõe dever do Estado de fazer a prestação jurisdicional, qualquer que seja essa (declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental, executiva; de sentença ou em execução forçada; em cognição completa, ou em incompleta cognição; quanto à decisão definitiva, ou não; em processo de medida constitutiva, assecuratória ou não; de simples aplicação da lei, ou de arbítrio judicial, ou de desempate, ou de escolha de solução). O dever existe ainda se o juiz apenas há de dizer que não tem pretensão de direito material, *res in iudicium deducta,* o autor ou o réu. Há dever de prestar a decisão, segundo as regras jurídicas processuais.

Jurisdição é a atividade do Estado para aplicar as leis, como função especifica. O Poder Legislativo, o Poder Executivo e os próprios particulares aplicam a lei, porém falta a todos a especificidade da função. Quando A e B

acordam em que B reduza a escrito o que prove a dívida de B a C, A e B aplicaram lei, sem terem função especifica de aplicá-la, *sem jurisdição.* Antes de ter o Estado monopolizado a função de julgar, havia a justiça de mão própria, mas essa justiça ainda não era aplicação da lei como função específica.

“Jurisdição civil” é a jurisdição que não é “penal” nem “administrativa”. O Código de Processo Civil diz respeito ao que escapa ao Código de Processo

Penal e à legislação administrativa. Ajurisdição civil não se limita a questões que se ligam a fatos ou atos de direito privado; há fatos e atos de direito público que dão ensejo a causas de jurisdição civil.

Cumpre ainda observar-se que o próprio Poder Legislativo *aplica* as leis. A cada momento aplica regras jurídicas constitucionais; porém, não só as regras jurídicas constitucionais são aplicáveis pelo Poder Legislativo: também aplica regras jurídicas que ele mesmo fez e, não raro, atendendo a atos do Poder Executivo, no que esse podia criar regras jurídicas, aplica regras jurídicas que provêm de atos desse poder público.

A especificidade da função de julgar, atribuida ao Estado, teve por fito impedir a desordem, os excessos (e, pois, injustiças) da justiça de mão

32 Const. 88, ari 50, XXXIV, *a*, e xxxv.

(Ari l~)

própria, e assegurar a realização menos imperfeita possível (em cada momento) das regras jurídicas. Daí as regras jurídicas penais que colimam impedir que as pessoas retomem a aplicação da lei aos casos controversos ou dificilmente resolúveis, por si mesmos, o que, certamente, no sentido da evolução social em todas as latitudes da Terra, seria regressão grave. Nas leis penais considera-se crime fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite. Na figura do crime cabe o fazer justiça com as próprias mãos se há o direito, a pretensão e a ação, ou se não hão direito, ou o direito e a pretensão, ou se não há a ação.

Ligada à idéia de território, a jurisdição contemporânea desborda dos limites que lhe traçariam (e lhe traçaram) as nacionalidades e dos que nasceriam (e existiram) das desigualdades de tratamento jurisdicional dos homens, dentro do mesmo Estado. Isso não quer dizer que, ainda nos tempos hodiernos, a tendência do Estado medieval-industrial, ou industrial-”antigo-regime”, ou democrático-plutocrático-industrial, não seja, no terreno politico, por meio de pressões e acordos leoninos, o de se imunizar a si e aos nacionais à justiça dos Estados em que, segundo as regras de direito das gentes, teriam de ser julgados.

O principio é o de estarem sujeitos à jurisdição do Estado todos os que se acham

no seu território , porque aí é que estão os seus poderes de praticar, ou de omitir atos, e os seus bens. Onde o ser humano se encontra, é de onde partem todas as suas pretensões e a que afluem as pretensões dos outros. Isso, *in potentia*. Concretamente, em ato, a admissão em juízo depende de que se congreguem os pressupostos que a lei positiva exige. Essa, às vezes, não exerce toda a jurisdição que interestatalmente ou supra-estatalmente lhe toca; outras, exorbita dos princípios delimitadores da competência jurisdicional interestatal. Na técnica legislativa dos Estados do tipo século XIX e começo do século XX, a tendência é para alargar a jurisdição sobre os nacionais e diminuí-la quanto aos estrangeiros. Em verdade, o principio de igualdade perante a lei ainda não conseguiu chegar até ai, a despeito da sua inserção nas Constituições. ~ Nos Estados fascistas, a acentuação do fator estatal da nacionalidade ~Uingiu a tal superlatividade que se pretendeu a jurisdição do juiz do Estado da nacionalidade quanto a controvérsias sobre imóveis sitos no estrangeiro. Confusão entre princípios de direito internacional processual e princípios de direito internacional privado. (Aliás, quanto a esse, foi o Brasil o último país a resistir, graças à cultura jurídica dos estadistas do Império e começo da República, à pressão para que renunciasse à lei nacional, pressão exercida sobre os Estados latino-americanos, desde o começo do século XIX. No ambiente da última guerra, subrepticiamente, com uma penada, tudo se mudou.)

A competência, criada em direito positivo, quanto às ações relativas a bens imóveis e direitos reais sobre imóveis sitos no estrangeiro, viola a prática dos Estados civilizados, pertuba as boas relações entre esses Estados, ao mesmo tempo que se choca, de frente, com a tendência contemporânea à territorialização e planificação das economias nacionais. No fundo, tentativa de se intrometer na vida econômica de outros povos, menos fortes, quando já não lhes basta a ingerência na atividade legislativa deles. Demais, dificilmente o Estado, que não fosse semicolonial, reconheceria a autoridade do juiz estrangeiro em assunto da sua vida econômica imediata. Cada dia que passa, a independência dos Estados decorre da não-atuação das jurisdições ou agentes dos países estrangeiros, dentro deles; e a anuência à exceção, que se ensaiou (Corte de Apelação de Milão, 6 de março de 1931; Corte de Cassação do Reino da Itália, 27 de ju,lho de 1931), seria simplesmente capitulatória. Compreende-se que a República Argentina tenha reagido. Isso não inclui a competência jurisdicional do Estado do domicílio do titular ou dos obrigados em relação de direito real quanto à relação obrigacional em sí, a penalidades, etc. Não está em causa, ai, o *forum rei sitae.*

Diga-se o mesmo quanto a questões de capacidade e estado *(status).*

Quanto ao território e ao estrangeiro, as isenções ou são devidas a *exterritorialidade,* ou ao *retraimento legislativo* (regras de direito positivo que não ocupam todo o espaço deixado à competência jurisdicional de cada Estado pelo direito das gentes). O Brasil não reconhece a isenção do Estado estrangeiro, nem ela é princípio de direito das gentes. São, porém, exterritoriaisos agentes diplomáticos e as respectivas famfiias *afortiori,* os Chefes de Estado, que eles representam. Não se trata de falta de jurisdição, por principio de direito das gentes; e sim de isenção, a favor de alguém (exclusão relativa). Por isso é renunciável a isenção. Uma das conseqüências dessa distinção é que os Chefes de Estado e os agentes diplomáticos podem ser autores. Não importa qual seja o processo, ordinário, executivo, cominatório, de execução de sentença. A homologação da sentença estrangeira do Estado que acredita o agente é possível.

3. Direito processual civil e direito intertemporal O Código de Processo Civil supõe, ainda em matéria de regras sobre processo civil e na 2.786, de 21 de maio de 1956, sobre desapropriação por mandado público e outros fundamentos; Decreto-lei na 293, de 28 de fevereiro de 1967, sobre acidentes de trabalho; Decreto-lei na 7.661, de 21 de junho de 1945, sobre falências e concordatas; Decreto n0 9.760, de 5 de setembro de 1946, Lei n0 3.081, de 22 de dezembro de 1956, sobre terras devolutas e bens públicos, alcançada pela Lei na 6.383, de 7 de dezembro de 1976; Lei n0 818, de 18 de setembro de 1949, sobre naturalização; Convenção de Roma, sobre danos causados a terceiros por aeronaves estrangeiras, de 7 de outubro de 1952, Decreto legislativo na 52.019, de 20 de maio de 1963; Lei na 4.137, de 10 de setembro de 1962 e Decreto na 52.025, de 20 de maio de 1963, sobre intervenção em empresas que abusam do poder econômico; Decreto-lei na 227, de 28 de fevereiro de 1967, a propósito de pesquisa de haveres).

O Decreto-lei n0 960, ari 76, remetia à legislação processual civil, razão por que a 2a Turma do Supremo Tribunal Federal, a 5 de março de 1968, considerou invocável o ari 64 do Código de Processo Civil, relativo à condenação ou pagamento dos honorários de advogado.

O que se passou e se passa com o Código de Processo Civil vigente é assunto do Livro V.

4. Feito e questões “Feitos~~, “processos”, “questões”, “ações” (em sentido objetivo) são palavras com que se alude ao que se faz em juízo, ao que se processa, ao fato de se questionar, de se ter contenda, de se estar acionando.

Também ao que já foi feito, processado, decidido. No português castiço, costumava-se dizer “falar o juiz a feito”, no sentido de despachar alguma petição, ou requerimento, “falar o Procurador a bem de feito”, para se aludir ao que alguém disse, na demanda, a bem do seu representado (Estado, órfão, ausente, etc.). Mais se usa, hoje, “falar ao feito”.

Nos textos de hoje, “feitos” está por tudo que em juízo se fizer, no sentido de realização do direito, quer nas demandas propriamente ditas, com as partes, autor e réu, quer nos pedidos de simples diligências, quer no que concerne a atos ou fatos decorrentes, ou laterais, ou paralelos às lides, tais com as custas. Em todo o caso, pela regra de que os efeitos das situações jurídicas se regulam pela lei que os confere, se alguma lei atribuiu, ou atribui, a qualquer fato ou ato do processo algum efeito, ela, e não o Código de Processo Civil, os regula ou regulará.

É pena, foi dito por muitos, que tiveram ficado fora do Código de Processo Civil de 1939 as regras processuais sobre falência. O mesmo também se pode dizer das leis sobre desapropriação por necessidade ou utilidade pública.

As leis de acidentes no trabalho e litígios entre empregados e empregadores, essas, que não aparecem no Código, de nenhum modo

se justificaria que nele se inserissem, dado o caráter do direito material a que correspondem. A desapropriação, inserta no Código Civil, tem sido considerada, toda ela, de direito privado (material); não assim as de acidentes no trabalho e relações entre empregados e empregadores, evidentemente publicizadas desde as suas primeiras peças legislativas. O Decreto-lei na 3.365, de 21 de junho de 1941, evidenciou que o legislador teima em retirar do Código o processo das desapropriações.

Quanto às normas sobre falência, para inseri-las no Código de Processo Civil teria sido preciso separar o que é de direito material do que é de direito processual. Tal cisão não se coadunaria com o tipo unitário (material e processual) da nossa tradição. A parte material é, certamente, despregável do resto; mas exigiria, a par de grande rigor técnico, que se mantivesse certa

estabilidade. Sem esse cuidado e sem essa duração, correr-se-ia o risco de seguidos retoques numa e noutra parte para se conservar o ajustamento de uma a outra. Ao tempo da pluralidade de legislação processual, a União, passando por cima da competência legislativa dos Estados-membros, tivera de materializar (substantivar, como se dizia) a parte processual, a fim de ressalvar a unidade. Seria pouco compreensível que, sendo hoje da União a competência para uma e outra parte, sacrificasse essa unidade, tantas vezes encarecida pelos legisladores e pela doutrina.

A existência de regras jurídicas e leis especiais é inevitável. Não se poderia estar a pôr em dia, incessantemente, o Código de Processo Civil.

Não se pense, todavia, que, com o fato de haver processo especial, perde o Código de Processo Civil a sua importância como lei. Os seus princípios enchem, com o processo especial, todo o espaço e só falham no espaço em que os princípios do processo especial têm de ser observados. O Código de Processo Civil é lei cujas regras hão de ser aplicadas pelo juiz, no que difere daquelas regras que incidem sobre as situações e só serão aplicadas por ele havendo requerimento. Dirigem-se a ele. É lei do juiz, como todo setor desse ramo de direito, a que se chama direito judiciário, que não é só destinada a servir às partes, como se pretendeu por vezes. O Estado dirige-se, *desde logo,* ao juiz porque as leis processuais foram e são feitas para o tratamento estático (regras de direito material).

Nelas, em vez de *incidência* auto-suficiente há incidência para a realização de outras regras que incidiram ou têm de incidir.

5.Regras de interpretação no sobredireito do direito processual civil e no direito processual civil Muitos confundem as regras de interpretação dos atos processuais com as regras de interpretação dos atos de direito material. Quer se trate de comunicações de vontade, quer de declarações de vontade (Richard Schmidt, *Lehrbuch*, 1, 358; RudolfPollak, *System,* 368), quer mesmo de comunicações de conhecimento (Rudolf Pollak, *System,* 368; cf. Franz Klein, *Die schuldhaie Parteihandlung,* 27) é ao que se *declarou* que se atende, e não à intenção. O

declarado e oflm *do ato conforme a sua função no processo* são os dados para o intérprete, não o *animus.* Não cabe, portanto, invocação de regra jurídica que diz

que, nas declarações de vontade, mais se há de atender à intenção que ao sentido literal da linguagem.

Alguns negócios jurídicos privados são conteúdo de *ato processual* (a transação judicial, a compensação, etc.).

Vistos pelo lado do direito processual, são atos processuais. Vistos pelo lado do direito material, são negócios jurídicos privados. Os dois ramos do direito enlaçam o mesmo ato, submetendo-o às suas regras. Os efeitos de direito material independem da eficácia ou subsistência da eficácia como de ato processual, salvo regra do direito material.

Têm invocabilidade as seguintes regras:

(a) Não se deve distinguir onde a lei não distingue (Assento de 23 de julho de 1811, Edicto de 22 de abril de 1771, Alvará de 22 de novembro de 1774, § 17, e Alvará de 25 de janeiro de 1777); *(b)* Do absurdo nascem outros absurdos por "natural consequência" (Lei de 23 de novembro de 1770); *(c)* Ato inútil, ou não, não se presume que alguém o tenha querido praticar (Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 50, § 1);

(d) Ato que a princípio foi eficaz deixa de sê-lo se algo ocorre que impediria produzir-se ou lhe impediria a eficácia (Ordenações Filipinas, Livro IV, Titulo 86, § 6; Livro V, Titulo 6, § 19, *infine); (e)* Deve-se procurar a concordância entre os textos, uns com os outros, de modo que haja conformidade entre as regras jurídicas (Lei de 15 de dezembro de 1774).]

Tem-se de ter sempre presente que as regras jurídicas de interpretação das leis não são adequadas à interpretação dos atos jurídicos, nem vice-versa. A busca da intenção não tem qualquer invocabilidade em matéria de interpretação das leis, nem há regra de interpretação que lhe corresponda em método de interpretação das leis (nosso Subjektivismus und Voluntarismus im Recht, *Archivfur Rechts- und Wirschaisphilosophie,* 16, 522 s.; Walther Burckhardt, *Die Lucken des Geseizes,* 77 s.; Fr. Leonhard, Die Auslegung der Rechtsgeschãf te, *A rchivfur die Civilistische Praxis,* 120, 14 s.; Fritz Schreier, *Die Interpretation der Gesetze und Rechtsgeschaie,* 70; Oreste Renelletti, *istituzioni di Diritto Pubblico,* ~a ed., 665, nota 4). O elemento "intenção" somente há de ser levado em conta, na interpretação da lei, quando seja a *ratio legis,* tal como se explicitou. A lei

destina-se ao público, a todos, e somente pode ter uma interpretação, ainda que diferentemente a entendam os habitantes e todos aqueles a que ela atinge. O ato jurídico pode refratar-se, devido a haver diferentes contrafigurantes ou destinatários.

O sistema jurídico, variando, determina variações das regras jurídicas, de per si, ou em grupo; o ato jurídico pode ter cortados alguns efeitos por lei nova, mas é tal qual foi (cf. Cesare Grassetti, *L 'Interpretazione dei Negozio giuridico,* 73).

(J) Tendo havido notificação, quem cala, e não reclama, sofre-a (Ordenações Filipinas, Livro 1, Título *85,* § 3; Livro III, Titulo 9, § 2; Titulo 11, § 6; Título 17, § 5; Livro IV, Título 38; Alvará de 30 de abril de 1768).

(g) O que está proibido não pode ser feito de modo indireto (Alvará de 13 de julho de 1751).

(h) Proibido o menos, proibido é o mais (Ordenações Filipinas, Livro III, Título 28, § 2).

(i) Casos há, reconhecia o Decreto de 19 de abril de 1757, em que o costume uniforme revoga a lei. Quando as leis *(e. g.,* Lei de 18 de agosto de 1767) o consideram sem força para isso, é que se põem em plano extra-sociológico, no plano do que *deveria acontecer* no mundo das leis.

(j) Ao bem comum há de ceder o interesse ou utilidade dos particulares (Lei de 6 de novembro de 1772, pr.; Decreto de 7 de dezembro de 1772).

(1) deve ter o cômodo quem tem o incômodo (Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 24, *infine,* Título 44, §§ 9 e 10).

(m) Não merece o cômodo quem foge do incômodo (Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 102, § 6).

Ari 20 Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional') senão quando a parte 2) *ou o interessado ~> a requerer, nos casos e forma legais 4)*

1. Tutela jurídica O Estado prometeu a prestação jurisdicional.

Assim, com o assumir essa função que substitui a justiça de mão própria, nasceu

aos titulares de direitos, pretensões, ações e exceções, a pretensão à tutela jurídica. Pretensão, essa, pré-processual. Dai ser imprópria a alusão a “partes”, que aparece no ari 20. Quem vai propor a ação ainda não é parte. Parte passa a ser após a inserção na relação jurídica processual. Os sistemas jurídicos ganham em precisão dos termos. Evite-se, por exemplo, dizer que foram partes no negócio jurídico A e B: foram figurantes, declarantes, manifestantes da vontade. Partes, acertadamente, está em Antônio de Morais e Silva *(Dicionário da Língua Portuguesa,* Lisboa, 1823,11,38 ed., 359), são “os que litigam em juízo, ou requerem”. Não citou trechos da legislação reinicola, mas é o que se encontra nas Ordenações Filipinas, Livro 1, Título 24, § 12, Livro II, Titulo 1, § 13, e Titulo 86, § 21, e Livro IV, Título 11, *in fine.*

O art 20 supõe que alguém, inclusive qualquer entidade estatal, exerça a pretensão à tutela jurídica, o que o Estado prometeu. Quem promove ação tem de respeitar as regras jurídicas concernentes à petição e ao encaminhamento do processo. No ari 126, o Código estatui que o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegado, lacuna ou obscuridade da lei. Tem ele de prestar o que o Estado prometeu, favorável ou desfavoravelmente ao autor. A lei é que diz os casos para a pretensão à tutela jurídica e qual a forma. O que consta do direito material é essencial, quanto ao conteúdo do pedido ou da defesa; mas o direito processual é que traça os caminhos para que se chegue às soluções. Toda solução é prestação da tutela jurídica, quer a favor quer contra o que a pediu, que para dizer que não foi respeitada a forma. Satisfeitos os pressupostos para a constituição e continuação da relação jurídica processual, é que se desce ao fundo, ao plano do direito material.

Quando se regula dever do juiz perante os futuros litigantes, na verdade só se expõe o que ele há de fazer se alguém exerce ou diz que está a exercer a pretensão à tutela jurídica, que é pré-processual. O processo vem depois, porque já se supõe que o juiz recebeu o exercício da pretensão à tutela jurídica e reputou-o de acordo com a lei.

Legitimidade tem quem quer que tenha a pretensão à tutela jurídica.

O ari 30 devia ter vindo antes do ari 20, porque o ari 30 se refere à razão para que o Estado atribua a titularidade da pretensão à tutela jurídica. O Ari 20 concerne ao *exercício* da pretensão à tutela jurídica.

O *Ne procedat iudex ex officio* e o *Nemo iudex sine auctore e o Ne eat iudex ultra petita partium* aparecem no ari 20 e no ari 128 onde se diz: “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”.

A atuação *ex officio* do juiz aparece, *e. g..,* no ari 113, que dá ao juiz a função de declarar de oficio a incompetência absoluta, sem que seja preciso ter sido oposta exceção. No ari 1.142 estatui-se que, nos casos em que a lei civil considere jacente a herança, o juiz, em cuja comarca tem domicílio o falecido, procede, sem perda de tempo, à arrecadação de todos os seus bens.

O Código de 1939 não continha regra jurídica como a do ai. 2~ do Código de 1973, posto que o Código de Processo Civil do antigo Distrito Federal, ari 20, à semelhança de outros Códígos estaduaís, a acolheu, com a ressalva de haver procedimento de ofício, se alguma regra jurídica a estabelecesse. Não podemos afastar que alguma lei o permita, razão para interpretarmos o ai. 20 como se admitisse exceções, fundadas em regras jurídicas.

Não havemos de considerá-las revogatórias do ari 20, mas sim lei o ari 20 como se dele constasse a ressalva. Se o juiz pode agir de ofício, é que se lhe atribuiu *a)* prestar a tutela jurídica por sua iniciativa, ou *b)* exercer pelo interessado a pretensão à tutela jurídica. Só os textos legais é que nos poderão mostrar *a) ou b).*

No ari. 20 diz-se que nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais. Mas, a despeito do texto, há funções *ex officio* dos juizes. Pense-se no ari 1.142, onde se estabelece que, nos casos em que a lei civil considere jacente a herança, o juiz, em cuja comarca tiver domicilio o falecido, procederá sem perda de tempo à arrecadação de todos os seus bens. Tem de nomear curador, inquirir os moradores da casa e da vizinhança, sobre a qualificação do falecido, o paradeiro de seus sucessores e a existência de outros bens (ari 1.150), além de outras providências.

No ari 20 apenas se diz ao juiz que não preste a tutela jurídica, que o Estado prometeu (direito pré-processual) se o pedido provém de quem não há de ser a parte na relação jurídica processual, ou interessado, conforme a lei (adiante, ari 60). O juiz há de ser o competente para isso, conforme a organização judicial (regra jurídica constitucional ou de lei ordinária). O pedido tem de ser conforme

o direito material e conforme o direito processual, com fundamentação e observância das exigências formais, além da legitimação ativa e passiva. Não pode ojuiz julgar *ext ra petita ou ultrapetita* (arts. 128 e 460). Feito o pedido, o fundamento para o deferimento não pode ser diverso do que alegara a parte.

2. Parte Diz-se *parte* quem participa da relação jurídica processual. Quando alguém propõe ação quer ser parte na relação jurídica processual que, com o despacho do juiz, se cria e mais tarde, com a citação do demandado, se angulariza (autor, Estado; Estado, réu). O réu é a outra parte. Teremos ensejo de desenvolver longas e necessárias considerações em tomo do conceito e das funções das partes, ou só da parte, se não há angularização da relação jurídica processual. Adiante, principalmente, sob os arts. 3a~6a.

70..18 41-45, 46-49, 62-69, 262-264, 282-296, 297-303.

3. Interessado a requerer Pode alguém, sem ser demandante ou demandado, ter interesse jurídico na causa. Daí as regras jurídicas que cogitam de atos processuais que atraem ao processo terceiros interessados e atos processuais com que eles, de vontade própria, vão ao processo. O assunto pertence, principalmente, aos arts. 46-49, 50-55, 56-6

1, 62-69, 70-76, 77- 80, 1.049-1.053.

Quando alguma lei ou eficácia de alguma regrajurídica cria o interesse de ação, que não é o de titular do direito, ou da pretensão ou da ação, ou de alguém que é o sujeito passivo. Foi bom que se falasse de interessado.

Pense-se em regras jurídicas que atribuam ao Ministério Público a função de propor ação. São exemplos, bem significativos, o do Ministério Público na espécie do ari 208 e parágrafo único, II, do Código Civil (nulidade de casamento por incompetência da autoridade, salvo se houver falecido um dos cônjuges) e o do terceiro na espécie do ari 30 da Lei n0 1.533, de 31 de dezembro de 1951. (“O titular de direito liquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro, poderá impetrar mandado de segurança a favor do direito originário, se o seu titular não o fizer, em prazo razoável, apesar de para isso notificado judicialmente”.) No ari 1.104 está dito que o procedimento de jurisdição voluntária tem início por provocação do interessado ou do Ministério Público, cuja petição édirigida ao juiz, devidamente instituida com os

documentos necessários e com a indicação da providência judicial.

No Código de 1939, para exame da existência do interesse, o momento adequado era o do despacho saneador (ari 294,111: “examinará se concorre o requisito do legiimo interesse econômico ou moral”). No Código de 1973, o artigo 267, § 30, estatui que o juiz conhecerá de oficio, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria do ai. 267, IV, V e VI, sendo o último item aquele em que se cogita da possibilidade jurídica, da legitimidade das partes e do interesse processual. Compreende-se que assim se haja estabelecido, porque o conhecimento da falta do interesse processual pode ser posterior.

O Código de 1939 não tinha o que hoje está no Código de 1973, ari 20. Rigorosamente, quando a lei atribui a alguém, que não é titular do direito, da pretensão e da ação, o direito (ou dever) de propor ação, não se lança exceção ao princípio da vedação do julgamento de ofício, pois o que a lei fez foi dar a alguém interesse e, às vezes, dever e interesse na propositura da ação.

4. Formas legais O ai. 20 alude às “formas legais”. Não se disse, aí, que o juiz tem de obedecer às formas legais.

As partes e os interessados é que teriam de fazê- lo “nos casos e forma legais”. O juiz tem de examinar se as paies ou interessados que não são paies pediram o seu pronunciamento e o fizeram nos casos e com as formas legais. As críticas ao texto do ai. 20, por parecer a alguns que a exigência é ao juiz, que ele é que teria de prestar atutelajuridica nos casos e nas formas legais, são descabidas, mesmo porque o juiz é que tem de verificar se o caso é de acolher-se e se foi legal a forma usada pela paie ou pelo interessado. Se pensamos, por exemplo, nas regras jurídicas dos arts. 243-250, todas elas somente concernem a atos das partes ou dos interessados. Aliás, a cada momento, aí, se sana a invalidade, ou se afasta a alegabilidade.

DA AÇÃO

Ari 30 Para propor 2) *ou contestar* 3)6) *ação’) é necessario*) *ter interesse* 5) *e legitimidade* “).

Ari 40 Q *interesse* 16)20) *do autor* 8) *pode limitar-se* 9> *à declaração ‘a): 1 da*

existência 17) *ou da inexistência ~*

de relação jurídica'0);II da autenticidade 12> *ou falsidade* 13) *de documento* 11)15)19) *Pará grafo único. É admissível a ação declarató ria* 20) *ainda que tenha ocorrido a violação do direito* 21) 1. Bens da vida e interesses Na distribuição dos bens da vida, incluindo-se neles o próprio *viver, a liberdade e os direitos fundamentais e os direitos políticos,* bem como a *honra e a incolumidade individual, a vocação, os prazeres, as repulsas,* grande parte dos direitos se conserva insubjetivada constituindo campo do direito objetivo puro, e outra parte subjetiva-se, mercê daquele plus a que antes nos referimos. A linha divisória entre os direitos subjetivos e os direitos não-subjetivos varia com os lugares e com o tempo. Vulgarmente, exames desatentos confundem o direito subjetivo, a pretensão e a ação. A ação, a *actio,* supõe, sem necessitar, o direito objetivo, que a dê, e fato, que constitua a razão de seu exercício. Por isso mesmo não se identifica com o dever do sujeito passivo.

Se o direito subjetivo tende à prestação, surgem a pretensão e a ação. A ação, que supõe haver-se transgredido a norma, constitui outro plus e tende, não à prestação, mas a efeito jurídico especifico. O credor tem direito subjetivo ao que se lhe atribui: tem-no, desde que a relação nasceu. A exigibilidade faz-lhe a pretensão. Se o devedor não paga como e quando deve pagar, cabe-lhe, então, a ação. Não se diga que a coação a caracteriza, nem que caracterize os dois, a ação e o direito subjetivo; porque o que existe de coativo no direito é comum ao direito objetivo não-subjetivado e aos direitos subjetivos.

Na "ação" (de direito processual), o autor e o réu estão sujeitos à atividade do Estado, porque aquele exerce a pretensão à tutela jurídica e esse, com a citação, foi chamado a exercê-la. Dai a relação jurídica processual ser entre o autor e o Estado e angularizar-se com a citação do réu (réu, Estado). O juiz vai verificar se o autor tem direito, pretensão e ação (pode dar-se que só tenha ação) e aplicar regra jurídica ou regras jurídicas, porque foi isso que ele prometeu ao autor, ou negar a aplicação, porque foi isso que, na contestação, lhe pediu o réu. A "ação" (de direito processual) é exercício da pretensão à tutela jurídica, razão por que pode ser exercício da pretensão à tutela jurídica mesmo se apenas para declarar que uma relação jurídica de direito material não existe entre ele e o réu. A propósito lembramos que, e erro crasso falar-se, ai, de "direito" de ação: a "ação", de direito processual é exercício da pretensão à tutela jurídica (autor, Estado), e tal exercício pelo autor faz o Estado chamar à relação jurídica

processual, com a citação, o réu .

Não nos importa, hoje, saber qual é o sentido de ação quando ainda não se pediu a tutela jurídica estatal. Aí se está no plano do direito material. Se, por exemplo, o direito civil contém regra jurídica em que se diz que a dívida de jogo ou de aposta não obriga a pagamento (Código Civil, ari 1.477), falta *obrigação* ao que tem de pagar a *dívida* de jogo ou de aposta, posto que haja, por parte, do credor o *direito e a pretensão:* o que a lei não lhe dá é a *ação.*

Tanto assim se há de entender que o devedor que voluntariamente pagou a dívida ou parte dela não a pede recibos.

O que pode acontecer é que o negócio jurídico do jogo ou da aposta foi inválido (dolo do ganhador, ou incapacidade do perdente). Tudo isso se passa no que concerne ao direito e à pretensão. Também não tem ação de reembolso quem emprestou para jogo ou para aposta, no ato de jogar ou de apostar (ai. 1.478). Quando alguma lei especial permite o jogo ou a aposta, então afastados ficam os arts. 1.477 e 1.478 do Código Civil: a regra jurídica retirou a multilação do direito. Tem-se de prestar atenção aos direitos mutilados: ou se lhes corta um efeito (ação), ou os dois (pretensão e ação).

Para bem se ver quanto são inconfundíveis os direitos subjetivos, as pretensões e as ações, basta que se pense no seguinte: *a)* é possível permanecer intacta a legislação quanto ao direito subjetivo e mudar quanto às pretensões, ou permanecer inalterado quanto àquele e a essas, e mudar

quanto às ações; *b)* haver prazos para a ação, sem que com a extinção dela se extinga a pretensão ou o direito subjetivo; *c)* existirem direitos subjetivos e até pretensões sem ação, como os créditos de jogo e certas situações, transitórias, de tempo de guerra ou de golpes de Estado.

No entanto, a doutrina do século passado e começo deste emaranhou-se em conceitos *a priori,* que lhe impediam alcançar a necessária clareza, em assunto preliminar de tanta magnitude. Em 1817, Poncet *(Traité des Actions)* e, posteriormente~ F. C. Von Savigny, G. F. Puchta, Gustav Pescatore e a maioria dos juristas dos povos latinos entenderam que a ação é poder inerente ao direito e, pois, elemento mesmo do direito subjetivo. Identificar-se-ia com ele, ou. pelo menos, com a sua fase correspondente àviolação. No fundo, o resíduo dos

séculos despóticos, que tentara prevalecer contra a decantação dos elementos de vontade violenta, psicanaliticamente insertos na legislação e na doutrina.

Outra teoria, oriunda da célebre polêmica de Th. Muther com B. Windscheid, sobre a *actio* romana, já considerou a ação como direito subjetivo público, direito do indivíduo à tutela jurídica por parte do Estado. Com certas variantes, é isso o que pensam Konrad Hellwig, Paul Langheineken e outros. Adolf Wach explicou tal direito como dirigido contra o Estado e contra o adversário, e distinguiu-o da ação. Outros juristas procuram eliminar a direção contra o Estado, operação evidentemente difícil, uma vez que se paiiu da afirmação de direito público subjetivo.

Aliás, já se quisera apresentar as duas variantes como correspondentes às duas tradições e às duas mentalidades, a germânica e a latina: a relação seria contra o Estado e contra o adversário, no direito alemão; contra o adversário, nos sistemas jurídicos latinos. Tal distinção á artificial, porque: ou seria só privada a relação, e não haveria direito público subjetivo, ou haveria direito público subjetivo e a maior *visibilidade,* por parte dos Latinos, da direção contra o adversário, pertenceria à psicologia dos povos, e não é Teoria Geral do Direito. Seja como for, aos poucos se foram extremando os conceitos de direito público subjetivo à justiça e de pretensão à tutela jurídica, de pretensão material, que se vai "invocar" em juízo (não exercer), e de ação que se vai mover Outros processualistas de primeira plana conservaram a afirmação de ser a ação, aliás a pretensão à tutela jurídica, direito público subjetivo, acrescentando-se que é pertencente a quem se creia, de boa-fé, com direito a ser ouvido em juízo e constranger o adversário à satisfação. Feriu-se um dos pontos mais perturbadores, aquele de se tratar de direito, mas poder ser exercida a pretensão e usada a ação por quem não tenha "razão". Falou-se de direito abstrato de agir, a cuja concepção servia a alusão à boa-fé. Que direito subjetivo seria esse que pertencia a quem não pertence e cujos resultados, no caso de má-fé do titular abusivo, seriam os mesmos que os obtidos pelo titular de boa-fé? Não seria mais fácil recorrer-se à noção de faculdade jurídica, em vez de direito subjetivo? Que diferença existe entre o que não tem direito e crê tê-lo, o que não tem direito e sabe não o ter e o que tem direito e exerce a ação não crendo tê-lo? Tudo isso mostra que andou bem um dos fundadores de tal teoria, II. Degenkolb, em mais tarde a rejeitar.

Entendeu Oskar Bulow que não existe ação como direito subjetivo anterior ao

juízo. Com a demanda nasce o direito à sentença *justa,* ao funcionamento eficaz do aparelho justiferente do Estado. O direito à sentença *favorável* não existe antes da convicção do juiz e do julgado. Josef Kohler e H. Degenkolb apoiaram-no. Tal cisão direito à sentença justa e direito à sentença favorável parece-nos de todo impertinente. Não há direito à sentença favorável.

Existem direito e pretensão à sentença, que se presume justa, porque o Estado ou os árbitros "prometem" justiça.

Implícita em tal promessa está a de ser favorável ao que tenha razão. Como a razão é objetiva (provas + direito objetivo), e não subjetiva, no sentido de ligada à convicção ou interpretação do direito pelas paies, qualquer alusão à futura sentença favorável desloca o problema, ao mesmo tempo que procede àquela injustificável distinção.

Note-se também que a teoria fixa no dia do processo o direito público subjetivo, a pretensão, com o que contraria a realidade técnica do direito. Não existiria pretensão antes de se instaurar a contenda. Com isso, nega-se a pretensão, como a ação, e deixa-se de explicar o que independe das teorias:

o fato mesmo de existirem a pretensão e a ação antes do processo. Para bem apanharmos o assunto, que é de toda a importância para a Teoria Geral do Direito e para esta obra, mostremos alguns casos em que a pretensão e ação existem, necessariamente, antes do processo, e alguns em que elas não existem. Na *Sistemática,* insistiremos em pontos teóricos sem os quais toda exposição do direito processual estaria comprometida.

A minoria vencida na modificação dos estatutos de uma fundação poderá, dentro de prazo legal, promover-lhe a decretação da nulidade. As nulidades podem ser alegadas por qualquer interessado ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir e até pronunciadas de ofício. As anulabilidades, não: só os interessados podem alegá-

las, e aproveitam exclusiva-mente aos que as alegarem, salvo o caso de solidariedade ou a hipótese de indivisibilidade. Tanto a minoria, em caso de modificação de estatutos de fundação, como outros interessados, têm pretensão e ação *antes do processo.* Deixar-se de explicar tal fato seria elidir-se a questão mesma que se pôs. Já aí temos evidenciado que a pretensão invocada pertence ao

corpo mesmo do direito material, é intrínseca ao direito, que tem, e os direitos que não a têm só não a têm porque eles mesmos foram nascidos sem ela, ou a regra objetiva a fez precluir ou prescrever. É ponto que merece toda a atenção: a pretensão invocada é instituto do direito material, e não do direito formal ou processual.

Não pode casar, sem consequências quanto ao usufruto dos bens do filho ou quanto ao regime matrimonial de bens, o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e não der partilha aos herdeiros. Igualmente, a viúva, ou a mulher, cujo casamento se desfez por ser nulo, ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez ou da dissolução, salvo se, antes de findo esse prazo, der a luz algum filho. Também o tutor, o curador, o juiz, o escrivão e outras pessoas ligadas a eles por parentesco não podem casar com a tutelada ou curatelada ou pessoa da circunscrição. Há pretensão. Não há ação para se anularem tais casamentos, porque não há invalidade. Não há direito objetivo nesse *ponto*, nem direito subjetivo, nem pretensão, nem ação. Nos casos de coação, há direito objetivo, direito subjetivo, pretensão e ação, exercível esta pelo coacto ou por seus representantes legais. Se o impedimento foi de idade e por falta de consentimento de pessoa que devia consentir, a ação cabe a tal pessoa, que, na hipótese, iria contra a vontade do que casou. Se, ainda depois de proposta a ação, sobrevém gravidez, não se anulará o casamento. Há prazo de prescrição. Tudo isto é bem que esteja em Código Civil, por se tratar de direito material: a pretensão de certo o é; e a prescrição, no sistema de direito do Brasil e da maior parte dos países, também dele faz parte.

Além dos três fatos típicos, direito subjetivo, ação, remédio jurídico processual, os juristas alemães, B. Windscheid à frente, falaram do *Anspruch,* da pretensão, nome a que não conseguiram, a princípio, dar significado preciso.

Desde faculdade derivada do direito, segundo Josef Kohler, ou emanação, desenvolvimento ou manifestação do direito subjetivo, conforme Cari Crome e H. Ostermann, até o fato autônomo entre o direito subjetivo *(Willensmacht)* e ação *(actio, Klage),* de acordo com B. Windscheid. A pretensão ou *Anspruch* seria a *razão jurídica* de atuar, em contraposição à razão judiciária. Estaria para o direito como a *actio* para a fórmula (Georg Jellinek). De posse de uma apólice ao portador, que adquiri, tenho jus a perceber-lhe os juros. A cada semestre, nasce-me o *Anspruch a* receber-lhe os juros. Ser *atual e concreta,* caracteriza a pretensão jurídica.

Georg Jellinek tornou-a concreta, pelo menos mais concreta do que o direito subjetivo. Depois foi descoberto que só faltara o nome aos antigos juristas e que a pretensão é fato do mundo, e não só conceito.

À medida que o direito subjetivo se acentua, se atualiza e se integra pelo advento de circunstâncias e *condiciones iuris,* surgem as pretensões jurídicas. Não é aqui o lugar para descermos à análise de tal noção, nem lhe discutirmos os serviços que possa prestar à técnica jurídica. Ao nosso assunto de agora muito nos interessa, de modo que poucas considerações nos bastam. Muitas questões resolveremos graças a ela. Quando se simplifica o conceito até a redução da pretensão à faculdade de exigir, *facultas exigendi,* distinta e "segundo momento" do direito subjetivo, a noção traz-nos enormes esclarecimentos aos institutos que temos de estudar: as relações jurídicas processuais.

Muitas vezes, é nitidamente perceptível; outras, não. Demais, as ações dependem dela. De maneira nenhuma se deve identificar com a ação ou, *afortiori* , com os remédios jurídicos processuaís. No correr dos comentários, à medida que as dificuldades surjam, distinguiremos, nas aplicações práticas, pretensão, ação e forma (remédio jurídico processual).

Estudos superficiais puseram as pretensões no direito processual. As conseqüências seriam embaraçantes. No direito dos Estados com dois sistemas de direito, a pretensão teria de ficar aos legisladores do direito processual, o que

seria absurdo. No direito internacional privado, a pretensão seria a da *lexfori* e nunca a da lei pessoal ou outra que tivesse de ser aplicada pelo juiz estrangeiro. Portanto, a prescrição seria processual e processuais seriam os prazos preclusivos impostos, solução abertamente contrária aos sistemas de direito. Em tudo isso, a confusão já não concerne ao direito subjetivo, à pretensão e à ação, atinge o *remédio jurídico processual.*

Que é ação? *Actio autem nihil aliud est, quam ius persequendi iudicio quodsibi debetur* (pr., 1., *de actionibus,* 4, 6): "mas a ação não é outra coisa que o direito de perseguir em juízo aquilo que se deve".

A definição é de Celso, na L. *51,* D., *de obligationibus et actionibus,* 44,7: "Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debetur, iudicio persequendi." Não se trata de regra de direito, mas de conceito científico e de enunciado científico, suscetível, portanto, de se lhe apurar a *verdade.* Na história do direito processual, tal definição frenou, aqui e ali, o desenvolvimento desse, por ter *materializado* a ação (de direito material), como devera, e a pretensão à tutela jurídica e a ação processual (o que constituía erro). O erro de conceituação tomou-se mais grave à medida que se ascendia em descobrimentos técnicos de tutela jurídica; *e. g.,* na explicitação teórica e na inserção legal prática da ação declaratória do ari 40

Os romanizantes, um pouco para salvar a materialização (ou, mais restritamente, a *privatização* celsiana), recorreram, ainda no século XIX e no século XX, a vários "expedientes". Com isso, insistiam no erro do proculeiano P. Juvêncio Celso. Peripatético, portanto: a aplicação do direito, que seria forma, e a incidência, matéria, tomar-se-iam o mesmo, porque, no ser, o que importa é a forma; de modo que o direito privado e o processo eram um só direito. Gaio, que era sabiniano, e pois estóico, pondo a *matéria* como *prius,* não teria dado aquela definição, ele que chamou à *litis contestatio "actio"* (Gaio, IV, § 11: *"in actione vites nominaret").* Épena que os juristas europeus não tivessem estudado a filosofia que estava à base da definição reacionária do peripatético Celso. Celso, que morreu, provavelmente, no reinado de Adriano, já era fruto mingue junto ao sabiniano Sálvio Juliano, que lhe sucedeu.

Quais foram os principais "expedientes", a que acima se aludiu, vale a pena apontar.

a) Explicaram os *Motive* (464 s.) à Ordenação alemã que a *actio* (no sentido

depoder que têm ou não os titulares de direitos; portanto, em sentido do direito material) pode ser *declaratória ou condenatória.* De modo que faria parte do sistema jurídico a proposição sobre a própria existência das proposições. Ter direito com ação seria ter direito à condenação, em caso de infração, ou à simples declaração. Por conseguinte, a ação declaratória estaria *no direito material.* Em termos práticos, a regra jurídica do ari 40 devia achar-se, *e. g.*, no direito material, no Código Civil. O

legislador alemão não prestou atenção a que ele mesmo estava a redigir artigo da Ordenação processual, o primitivo e famoso § 231, que hoje é ~ *256.* Ressalta a absorção *civilistica* do direito público.

b) Otto Bahr *(DieAnerkennung ais Verpflichtungsgrund,* 2~ ed., 279, *285* e 315) recorreu ao conceito de dever de *reconhecimento* que tem o demandado, de modo que violar tal dever é o mesmo que violar o dever próprio que resulta do direito. Isso reduziria a ação declaratória à ação de condenação. Seria antecipação do processo condenatório. Como Otto Bahr, muitos outros, desde Friedrich Hellmann *(Lehrbuch, 375* s.) até hoje. Não viram eles que a proposição sobre a existência ou inexistência de uma relação não faz parte do sistema lógico em que a relação está, nem advertem em que pode haver ação declaratória *sem* a pretensão de direito privado (razão disso: o critério hodierno de *interesse* é mais largo que o de *actio).*

Parte é quem pediu a tutela jurídica ou para ela é citado (demandado também exerce pretensão à tutela jurídica, porque o Estado a prometeu a quem estaria no exercício da justiça de mão própria), já é elemento conceptual estar estabelecida a relação jurídica processual. Nada se prende ao direito material, razão para que o julgado seja favorável ou desfavorável ao autor, desfavorável ou favorável ao réu. Quando se diz sujeito ativo o autor ou passivo da “ação” o réu, emprega-se o termo “ação no sentido do direito processual, porque pode não ter tido ação, nem pretensão nem direito quem exerceu a pretensão à tutela jurídica, ou apenas não ter ação (de direito material), pois que pode ocorrer que haja direito ou até direito e pretensão, sem haver ação.

Pode dar-se que exerça, em nome alheio, a “ação” (de direito processual) quem tem tal legitimação, o que se supõe no ari 60 (“salvo quando autorizado por lei”). Aí, alguém pede para outrem a tutela jurídica e entra na relação jurídica processual. Pense-se noutros casos como o do autor da ação popular (qualquer

cidadão).

O remédio jurídico processual é que toca ao processo. Fácil é verificá-lo quando se está no campo do direito internacional privado: se o individuo tem pretensão e ação, no sentido de direito material, responde a lei dominadora do negócio jurídico; qual o remédio processual que cabe, responde a lei do foro. Nos Estados de duplo direito, a matéria das ações pertence ao poder que faz o direito material, ao passo que os remédios dependem dos legisladores do direito processual. Infelizmente, encambulham-se sob o nome genérico de *"ações"*, o que significa estar em situação de exercer em juízo a pretensão e o que constitui remédio processual. Quando se diz "As ações são especiais ou ordinárias", distinguiram-se remédios, e não pretensões. As categorias "ações reais, ações pessoais pertencem ao direito material. Compreende-se perfeitamente o que a lei civil quer exprimir quando diz que as ações pessoais prescrevem ordinariamente em vinte anos, as reais em dez entre presentes e, entre ausentes, em quinze, contados da data em que poderiam ter sido propostas. Os conceitos e as qualificações, ai contidos, pertencem ao direito material. *Ação* está, em tal texto, em lugar de "pretensão".

Quando, em direito civil, se estatui: que "a nulidade do casamento processa-se por ação ordinária, na qual será nomeado curador que o defenda", invadiu o legislador o terreno do direito processual civil, pois, então, aos legisladores locais, competentes para as leis do processo, é que cabia dizer se a ação seria ordinária, ou não, ou qual o rito que deveria ter, uma vez que, ai, "ação" só significa remédio processual. Dentro do mesmo país, com pluralidade de Estados-membros legisladores, a usurpação quase sempre se resolve, considerando-se

"materializado" (aliás, "federalizado") o direito processual, prevalecendo a regra do legislador central contra a dos legisladores locais. Não poderia ocorrer o mesmo em se tratando de países diferentes. A nulidade de casamento, regidos, como a própria nulidade, pela lei brasileira, processa-se nos outros países conforme o rito que tais demandas der a *lex fori.* A regra jurídica, a que nos referimos, não pertence ao estatuto pessoal das pessoas, e sim ao Brasil quando Estado do foro. É regra de direito processual. "Ação", não é pretensão, é remédio jurídico processual. A verdadeira pretensão sobre a nulidade de casamento pertence ai, ao direito material. Quando a lei civil diz que a ação de desquite (leia-se: o remédio processual do desquite) será ordinária e somente

competirá aos cônjuges, a primeira parte é de direito processual; a segunda parte, de direito material. Os cônjuges têm pretensão e ação; o remédio processual será ordinário.

O direito subjetivo e a pretensão não se confundem com a ação, que e, por sua vez, um *plus.* Enquanto o direito subjetivo e a pretensão tendem à prestação, a ação supõe combatividade e, pois, tende, não à prestação, mas a efeito jurídico específico. Pode mudar a legislação quanto ao direito subjetivo, sem que mude quanto à ação, ou vice-versa. Não raro, antes de se extinguir o direito subjetivo, é a pretensão, ou a ação, que se extingue. Há direitos subjetivos sem ação. As ações populares, ainda quando não concebidas como remédio jurídico processual, podem ser explicadas, em alguns casos, como ações a que não correspondem direitos subjetivos, salvo no que implicam, quanto ao remédio jurídico processual, a existência de pretensão ou de direito público subjetivo.

Das regras de direito objetivo privado exsurgem, nos casos de subjetivação, pretensões e ações de direito privado.

Das regras de direito objetivo público, nos casos de subjetivação, dimanam direitos públicos subjetivos, pretensões e ações de direito público. Claro que supomos, além da subjetivação, a atribuição da acionabilidade, porque não basta, para isso, aquela. Incorreram em grave erro Konrad Hellwig, Paul Langheineken e outros, quando viram na ação direito público subjetivo fruto de confusão entre a pretensão, a ação e o remédio jurídico processual. A pretensão de alimentos, de direito privado é regida pelo direito civil, ao passo que o remédio jurídico processual e o seu rito são de direito público, de direito processual, regidos pelas leis processuaís.

O remédio jurídico processual é o oriundo da lei processual, o caminho que tem de ser perlustrado por aquele que vai ajuizo, dizendo-se com direito subjetivo, pretensão e ação, ou somente com ação. Tão diferentes são ação e remédio jurídico processual que todos os dias, ao julgarem os feitos, os tribunais declaram que o indivíduo não tem a “ação”. No entanto, usaram do remédio jurídico processual. Poderiam dizer mais: que não tinham, sequer, pretensão; nem, ainda mais, direito subjetivo.

2.Conceito de autor; ações e espécies de ações O indivíduo que vai a juízo e declara o que pretende é o *autor.* O

Estado, atendendo ao seu pedido, chama a juízo a outra parte, de modo que se estabelece relação em ângulo, entre o autor e o Estado, e o Estado e o réu. É possível pensar-se, e há exemplos na legislação, no estabelecimento da relação jurídica em linha simples entre o suplicante e o Estado, só admitida, mais tarde, a formação da outra linha do ângulo, isto é, entre o Estado e o réu. E o que ocorre, por exemplo, em quase todos aqueles casos em que há uma decisão antes de ser ouvido o suplicado. Também há relações em linha simples (autor, Estado), sem réu portanto.

Nemo iudex sine actore. O princípio rege no direito processual civil como também no direito processual penal; porque, na iniciativa de ofício, histórica e sistematicamente, é o Estado, através do juiz, que exerce a função de *agir,* ao lado da função de *julgar,* que ele entregou ao juiz. As duas funções é que se cumulam, objetivamente, no mesmo sujeito de direito estatal. Unidade de órgão, tão-só. Quem diz competência para iniciativa de ofício diz dupla competência, a do *ofício* de julgar e *a outra,* que é a de iniciação. Tão separadas ficam, a despeito de cumulação, que o mesmo juiz "que iniciou", convicto de que devera fazê-lo, pode negar a *procedência* do que postulou.

a) Só uma parte pode iniciar o processo e a ela chama-se *autor.* No juízo provocatório, o autor suscita a aparição de outrem como autor;

b) As partes é que determinam o objeto do processo. O juiz não pode aumentar, diminuir ou alterar o pedido, salvo em matéria de custas e outras matérias fiscais. Todavia, se a petição é inadmissível, ou inepta, ou sem fundamento, o juiz tem de repeli-la, ainda sem provocação da parte adversa.

Na reconvenção, o réu faz-se autor, porque pede, então, a promessa estatal da prestação jurisdicional. O reconvinte vem tomar parte no mesmo processo, porém não na mesma relação jurídica processual. A figura, que se forma e de que trataremos no lugar oportuno, é a de novo ângulo (reconvinte e Estado, Estado e reconvindo), inversa à primeira.

A legitimidade para propor ação é a situação subjetiva se quem quer ser autor mostra que *pode haver,* diante do que expôs na petição inicial, se o Estado atende ao exercício da pretensão à tutela jurídica, decisão favorável. Não seria de admitir-se que se deferisse a petição inicial sem se saber que o autor poderia ser atendido quanto ao que pede. Se quem propõe a ação não suscita, pelo que

alegou, poder ser acolhido o seu pedido, mostra que não teria nunca sentença favorável. Tal petição é inepta, ou por faltar pedido ou causa de pedir, ou pelo fato de que a *narração* dos fatos não levaria logicamente à conclusão, ou por ser impossível, juridicamente, o pedido, ou, até mesmo, serem incompatíveis entre si os pedidos (ari 295, 1, e parágrafo único). Se o juiz, de início, não chega à solução, tem ensejo de fazê-lo quando tiver de extinguir o processo sem julgamento do mérito (ari 267, VI). Com a verificação do que contém a petição, o juiz ou reconhece a legitimidade da parte (legitimidade a açao , exercício da pretensão à tutela jurídica, que o Estado prometeu), ou diz que lhe falta legitimidade processual. O autor ou é titular da pretensão à tutela jurídica e exerce a ação, para o que contribui o que se conclui quanto à possibilidade jurídica mostrada pelos informes quanto à causa de pedir e o pedido. (A respeito, convém frisar-se que, quer no direito processual, falar-se de "direito de ação" é fora de toda técnica. Nem há direito de ação, nem de pretensão, o que há é direito, pretensão e ação, ou só direito e pretensão, ou até, excepcionalmente, só ação.) A "ação" é o exercício da pretensão à tutela jurídica; e ação, no sentido do direito material, algo mais do que pretensão, ir contra outra pessoa, o que faria diretamente se ainda houvesse justiça de mão própria (hoje, excepcional, *e. g.*, Código Civil, ari 502: "O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se, ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo;" parágrafo único: "Os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

A ação (de direito material) que tem o possuidor, na espécie do Ari 502 e parágrafo único do Código Civil, é exercível sem se precisar do exercício da pretensão à tutela jurídica. Quem defende o direito do possuidor, aí, é o próprio possuidor, com a sua própria força (= de mão própria), e não o Estado.

À função integradora da ordem jurídica, que tem a justiça, é indiferente que o autor tenha, ou não, razão, seja, ou não, o titular de direito subjetivo, ou da pretensão. O que lhe importa é que, de acordo com as leis, tenha ele o direito público subjetivo à justiça. Tal direito subjetivo é o resultado de regra jurídica de direito pré-processual, ainda quando, o que ocorre no direito constitucional brasileiro, a regra jurídica de direito pré-processual se tenha feito de direito constitucional. O remédio jurídico processual é meio,é expediente, é instrumento. Se o direito objetivo se realizou, sem luta, de remédio jurídico processual não precisou o individuo. Chegou-se ao fim sem o meio. Se o direito

não se realizou, usa-se do meio para chegar ao fim. A norma *incidiu,* mas não foi *aplicada.* É a diferença, a muitos respeitos capital, entre a incidência e a aplicação da lei. A lei incide no momento em que se tem de criar a relação jurídica ou a situação jurídica; a lei é aplicada quando incidiu, se ao fim se chegou normalmente, ou quando a parte, que a deixara de respeitar, passou a respeitá-la, ou quando o juiz, mediante aquela prestação jurisdicional, a que aludimos, a aplica. É por isso que, se uma lei foi revogada depois de haver incidido, ainda os juizes, nas sentenças, a têm de aplicar. Sobre *incidência e aplicação da lei, Tratado de Direito Privado*, 1, §§ 1-5, 10, 14, III, § 271, e V, §§ 565 e 506, 2.

O fito que se tem na relação jurídica processual é a aplicação da lei. Por "lei" não se entende somente a lei escrita, mas a lei no sentido mais largo, que é a de fonte de direito. O que o juiz aplica é o direito, e não só o texto escrito.

Na relação jurídica processual hão de figurar o titular, a que se chama "autor" (ou "reconvinte"), e o Estado; não o *reus debendi*, porque esse é o sujeito passivo da relação em exame, isto é, da relação de direito material, que se quer fazer reconhecida pelo Estado. Será o sujeito do outro *lado* do ângulo, que completará a relação jurídica processual em ângulo. Não é *necessário* que exista. Pode não aparecer; pode mesmo ser dispensado. A angularidade obedece a principio diferente.

Diz-se *iudiciumduplex* ojuizo no qual ambas as partes que contendem são ao mesmo tempo autor e réu *in eo singulae personae duplex ius habeant: agentis et eius, quo cum agitur.*

Do ato jurídico processual nasce a relação jurídica processual, com todas as suas consequências. Durante ela, desenvolvem-se os argumentos e as questões, quer sobre a matéria de fato, quer sobre a matéria de direito. Cada parte procura provar o que afirmou, O juiz examina tudo, e diz o que lhe parece. No momento em que ele profere a sentença não está definitivamente entregue a prestação jurisdicional. Tanto assim que as leis permitem reexames das sentenças proferidas, ou pelo próprio juiz, ou por outro juiz ou tribunal. Temos aí a noção de *recurso.* O

recurso é inconfundível com qualquer reexame da sentença depois de entregue definitivamente a prestação jurisdicional. Não se pode falar de recurso em se

tratando de *revisão criminal* ou de *ação rescisória das sentenças.*

Ambas são remédios jurídicos processuais, para pretensões características, a de rever e a de rescindir. Há a coisa julgada formal: contra ela vai a revisão criminal ou a ação rescisória.

Também não são recursos os embargos de terceiro ou a oposição de terceiro: o terceiro, embora obrigado, como todos, a reconhecer o que se julgou, isto é,o que se contém na prestação jurisdicional, definitivamente entregue, não pode ser atingido, em seus direitos, pelo que se passou entre estranhos e o Estado, como obrigado à prestação jurisdicional. Tampouco, poderia o Estado querer obrigar-se pelo que constituiria motivo de distúrbio social e de desrespeito ao direito objetivo, em vez de colimar o seu fim, quando distribui justiça, que é o de apaziguar, bem simbolizado nas mãos cruzadas, emblema encontradiço nas civilizações primitivas. Mas, em casos especiais, como os de intervenção de terceiro e de litisconsórcio, a lei permite que se integre ou se expanda a relação jurídica processual.

O processo não defende só direitos subjetivos ou pretensões. Se bem que muitas vezes os suponha, o destino do processo é a atuação da lei, a realização do direito objetivo. Hoje, só secundariamente é que protege os direitos subjetivos. Por isso mesmo, o direito, a pretensão e a ação existem a despeito da existência, ou não, dos remédios processuais. Quando deles lança mão alguém, crendo-se, ou não, com direito, não lhos nega o Estado. Se só os que têm a pretensão tivessem direito ao uso dos remédios, haver-se-ia de começar do fim para o princípio: quem tem razão (direito, pretensão) tem ação, quem tem ação tem remédio processual. Ora, só se sabe quem tem “razão” depois que se instaurou o processo (remédio), que se verificou ser procedente a ação (isto é, existir), por se terem produzido as provas, e se pronunciou a sentença, contendo o direito objetivo. Daí ser intimamente ligado ao foro o processo: nele vários atos são coordenados, regulados, com o intuito de se realizar, em determinado lugar e tempo, a justiça. Em consequência disso, os princípios que o governam, no direito intertemporal e no direito processual internacional, são diferentes daqueles que decidem em assuntos de direito material.

Além disso, pode bem ser que se alegue titularidade de direito, de pretensão e de ação, e não se tenha essa, ou não se tenham aquela e essa. A decisão, que aprecie o mérito (isto é, o fundo da causa, o direito material que se quer aplicado), pode

reconhecer o direito e a pretensão, sem reconhecer a ação, ou somente reconhecer o direito. Tal decisão faz coisa julgada, ali, favoravelmente, quanto ao direito e à pretensão, e, desfavoravelmente, quanto à ação; aqui, favoravelmente, quanto ao direito e, desfavoravelmente, quanto à pretensão e à ação.

Por outro lado, a decisão pode só dizer que a pretensão ou a pretensão e a ação *ainda* não existem, o que faz restrita ao momento em que se encerrou o debate a coisa julgada.

Vimos que reduzir a ação a elemento do direito subjetivo seria desatender à realidade. Há direitos subjetivos sem ação. B. Windscheid tentou mostrar a diferença entre a *actio* romana e o *Klagrecht,* que seria conceito arbitrário, criado pelos juristas; mas as suas meditações não resolveram o problema. Não viu ele a prestação jurisdicional do Estado, desde o momento em que monopolizou a justiça, fato, esse, que não se diferença, essencial-mente, daqueles em que o Estado estabelece outros monopólios, como o de telégrafos, de correios e de demais serviços, e é *o fito* da pretensão à tutela jurídica.

Não se pode dizer, como fazem juristas italianos, que a sentença de condenação é declarativa; nem que há sentenças constitutivas que são condenatórias. Através de tanto tempo não souberam distinguir a preponderância e as outras eficácias. A constitutividade pode estar logo à frente da condenatoriedade, como a condenatoriedade à frente da declaratividade. O que chamam cognição é o que há de declaratividade nas ações constitutivas, condenatórias e mandamentais, e logo após esbarram diante das ações executivas de sentença, razão por que se apegaram a bipartição artificial (cognição, executividade). Quando no Código se distinguem processo de conhecimento (Livro 1), processo de execução (Livro II), processo cautelar (Livro III) e processos especiais, não se desce ao direito material para se fazer classificação das ações (no sentido do direito material), permanece-se no plano do direito processual.

O direito subjetivo, a pretensão e a ação preexistem ao exercício, ao *uso* dos remédios processuais. Se o direito do Estado A confere a ação, mas o do outro não possui o remédio, o titular do direito subjetivo, da pretensão e da ação não pode, no outro Estado, provocar a justiça. A ação não existe porque se vai exercer, condicionada à entrada do titular em juízo. Existe por si, independente de qualquer manifestação de vontade do titular.

Ainda mais: o remédio jurídico processual é conferido a quem quer que se ache em situação de propô-lo, variando apenas os pressupostos de legitimação ativa e passiva. O que dele se utiliza pode ter ou não ter ação. Lamentável confusão entre ação e remédio jurídico processual em Ugo Rocco *(L'Autorità della Cosa Giudicata*, 533), que admite seja a ação (?) universal, abstrata, indeterminada. A ação é direito a reclamar. Não é o direito subjetivo, que já definimos, nem o direito-meio, que os Estados conferem com os remédios jurídicos processuais. O direito de ação não é *contra determinado Estado,* o que dele faria direito público subjetivo; mas admissão, por parte do direito mesmo que cria a relação, a reclamar a aplicação da lei. O remédio, sim, é direito subjetivo contra um Estado, o

que estabelece o remédio, o Estado do foro. Assim, a pretensão e a ação de investigação da paternidade só existem *se cabem segundo o estatuto pessoal;* o remédio para que atue a regra de direito, só a *lexfori* o pode fixar. Os remédios processuais para a investigação da paternidade podem variar sem que o direito material da pretensão ou da ação varie. Por isso, quando alguns escritores dizem que o direito de ação é o de fazer funcionar o comando, portanto direito público perante o Estado, confundem ação e remédio processual. (Em tal confusão incidiram, entre outros, Ugo Rocco, 335, e Alfredo Rocco, *La Sentenza Civile,* 102). A ação é determinada, concreta, atribuida a alguém ou a certa categoria; e não indeterminada, abstrata, universal. Universais, até certo ponto, indeterminados, abstratos, são os remédios processuais, para os quais, ainda assim, a lei determina pressupostos de legitimação ativa e passiva, que atenuem a possibilidade de serem usados por todos (universalidade), independentemente das ações que tenham (abstração) e do objeto (indeterminação).

Na ação há *legitimado ativo e legitimado passivo*, que são os pólos da relação jurídica enquanto relação da ação.

Não é o Estado que está do outro lado, no pólo passivo. A ação do marido para anular o casamento, por já estar deflorada a mulher, tem por titular o marido, e por sujeito passivo a mulher. Não há por onde se ver, aí, direito público subjetivo. A ação do adquirente da coisa para haver o abatimento do preço ou para haver o preço pago, no caso de vícios ocultos ou defeitos, tem por sujeito passivo o alienante. Onde, nesse caso, o direito público subjetivo? A ação do marido para elidir a legitimidade do filho tem por sujeitos passivos a mulher e o filho. Em todos esses casos, o titular é explícito. A ação do cônjuge coacto para

anular o casamento é ação contra o outro cônjuge. A do pai, tutor ou curador para anular o casamento do filho, pupilo ou curatelado, é contra os cônjuges. A intervenção do defensor, nomeado pelo juiz, em caso de invalidade de casamento, não a torna direito público subjetivo. A ação do filho ilegítimo para impugnar o reconhecimento é contra o genitor que reconheceu, ou outros interessados. A de investigação da paternidade é contra o pai, herdeiros dele ou outros interessados. Em nenhum dos exemplos e, indutivamente, em nenhuma das ações de direito privado (porque em todas as outras se dáo mesmo), há direito público subjetivo.

A confusão entre as pretensões, as ações e a relação jurídica processual foi responsável: *a)* pela cinca de Th.

Muther e de Adolf Wach (primeira fase) em verem na ação o direito público subjetivo à tutela pelo Estado, mediante sentença favorável; *b)* pela alusão da AdolfWach a direito contra o Estado; *c)* pela afirmação de Oskar Bulow de não haver o direito público subjetivo “anterior” ao juízo, o que nem seria verdade se atribuido ao próprio remédio processual; *d)* pela interminável discussão em torno à natureza da “ação”. A decantação que posterio influente se fez precisou os conceitos e extremou-Os.

Tudo se reduz ao seguinte:

1. O direito objetivo é a regra jurídica sobre as relações de direito e a sua eficiência, independente de qualquer subjetivação, exigibilidade ou acionabilidade. Onde começam a subjetividade, a pretensão e a ação decide o direito objetivo, mas exteriormente, na ordem do provimento em si. O direito processual pode, excepcionalmente, colar efeito de ação e até de pretensão ao direito subjetivo ou à própria situação subjetiva.

II. O direito subjetivo marca toda aquela precisão, aquela localização, aquela individualização, a que aludimos.

III. A pretensão pode existir sem ação. O nosso direito adota o princípio de que pretensão e ação coincidem em extensão numérica. Toda pretensão é, pois, acionável. Há, porém, exceções, que melhor se estudam no Código Civil, ari 248, VI, em que há pretensão e ação, e no § 1.394 do Código Civil alemão, em que há pretensão, e não ação. No direito brasileiro, há pretensão, e não ação, nos

arts. 1.477 e 1.478 do Código Civil; nas chamadas obrigações naturais, nem pretensão, nem ação. Outro caso, à nota 8) ao ari 20.

IV. A ação é outro grau em que já se confere a alguém, *autor,* titular da ação, o reclamar, através ou por meio de ato, a verificação, a atuação da lei.

V. O remédio jurídico processual é o meio instrumental, que o direito formal põe a serviço de pessoas que estejam em determinadas situações, para que, com o uso dele, possam suscitar a *decisão,* a prestação jurisdicional. Ao direito das gentes, por exemplo, falta apenas o aparelhamento que assegure, eficientemente, tais remédios, o que de modo nenhum quer dizer que não existam direitos subjetivos das gentes, pretensões ou ações de direitos das gentes.

Do mesmo modo, a liberdade física existe, como direito, onde não exista direito ao *habeas corpus* ou onde se negue a ação de liberdade física, se bem que se reconheça o direito. Subjetivação, pretensão, ação, remédios técnicos processuais são quatro fatos diferentes.

VI. As ações são para que se declare, ou se constitua, ou se condene, ou se mande, ou se execute. Quando o interessado exerce a pretensão à tutela jurídica nasce-lhe a pretensão processual, dependente da eficácia daquele exercício. Durante esta obra, muito teremos de levar em conta (e de empregar) a classificação das ações, segundo a carga de eficácia de cada uma; convém, todavia, que prestemos atenção, desde já, a algumas precisões técnicas.

Investigações da natureza das pretensões e das ações de condenação, de declaração, de constituição, de execução e de mandamentos levaram-nos a atitude diferente da que se firmara na Europa antes de 1939. Para nós, a ação é de condenação, porque o elemento condenação à prestação aparece *mais* do que nas outras classes de ações. Provas: a ação de condenação é também declarativa, pois que a sentença do juiz, que condena, *declara* a existência ou a inexistência de relação jurídica, e aplica a lei (declaração autoritativa, que de nenhum modo se distingue daquela que se revela na sentença da ação declaratória); *constitui*, porque se constitui a si mesma; *manda,* porque há, no juiz, ineliminável, o mandamento. A ação é de constituição, porque é *mais* constitutiva, ou mais explicitamente oé, do que as outras. Provas: na sentença constitutiva, *declara-se,* porque toda constituição, modificação ou extinção de relação de direito por sentença implica declaração da existência desse direito à ação constitutiva;

manda-se, porque o resíduo autoritativo do mandado lá está na própria atuação *ex tunc* ou *ex nunc* da sentença (“anulo”,

“revogo”, “rescindo”, “constituo”); *condena-se,* porque algumas têm mesmo, explícita, a condenação *(e. g.*, sentença de nulidade de casamento, desquite). A ação é de declaração, porque quase se satisfaz com isso. Provas: *condena,* tanto que há réu, e é condenado; *constitui,* como toda sentença, a si mesma; *manda,* tanto que vale como preceito. A ação é de mandamento, porque é mais especifica em mandar. Provas: a sentença de mandamento *declara* (alguns escritores alemães entendem que as ordens provisórias de registro e certas medidas, como a do §

885 do Código Civil alemão, são *vazias* de declaração, mas é sem fundamento tal afirmação); *constitui* a si mesma, e tanto, que o seu efeito executivo é explícito e inerente a ela; *condena,* tanto que, em vez de condenar para que seja ulterior a execução (sentenças de condenação), condena dirigindo-se, desde já, ao órgão de execução.

Para que o acima exposto fosse destruido, fora preciso que se apontasse, pelo menos, “uma” sentença pura de condenação, outra de declaração, outra de constituição, outra de mandamento, outra de execução. Não há. Nem nunca houve. A qualidade de cada uma resulta, apenas, da quantidade ou intensidade de um dos elementos (declaratividade, constitutividade, condenatoriedade, mandamentalidade, execução). A ação executiva tem mínimo de declaratividade. Dai, chamarem-se as outras ações *declarativas,* em sentido lato. Mas, se de cognição incompleta e admitida pela certeza do titulo não-judicial, condena provisoriamente: é ação de condenação mais a execução adiantada. Se de cognição incompleta, e admitida por serem restritas as exceções, condena por parte: é ação de condenação mais adiantamento da execução. Se de cognição incompleta, e admitida pelo valor do exame superficial do título, condena injuncionalmente: é ação de condenação mais adiantamento de execução. Por que então não se põe a pretensão de executar como fonte de ação executiva, tão autônoma quanto as outras ações? A ação executiva de títulos ou de sentenças é classe, como a ação declarativa, de cognição (em sentido largo), as ações de declaração, condenação, constituição, mandamento, de que falamos, são subclasses dessa.

1. Ações de cognição:

a) ação declaratória;

b) ação de condenação;

c) ação constitutiva;

d) ação de mandamento.

II. Ações executivas:

a) ação executiva (senso estrito);

b) ação executiva de julgado.

As ações 1, *a), b), c)* e *d)* correspondem à pretensão à sentença *(Urteilsanspruch),* ou conhecimento pelo juiz; e à pretensão à execução *(Vollstreckungsanspruch),* as ações II, *a) e b)* A classificação ganha em valor teórico e prático se formos mais rigorosos e atendermos ao fato de que ação declaratória não é mais cheia de elemento declarativo do que as outras e a que as ações 1, *b), c)* e *d)* são ações em que o elemento de condenação, de constituição, ou mandamento sobreleva, e a que a própria ação executiva *lato sensu* é declarativa, no seu tanto. Há mesmo ações executivas em que o elemento declarativo é tão grande que a dúvida, dentro da ciência, está exatamente em se saber se são *declarativas ou executivas.* Deixamos de dar exemplos, pela apertura do espaço nesta obra, e pelo termos de miudear os casos, nos momentos próprios do estudo de cada ação. Assim, a classificação *pela preponderância de um dos cinco elementos* dá-nos outro quadro: 1. Ação declarativa:

a) ação declarativa;

b) ação declarativa típica.

2. Ação constitutiva.

3. Ação de condenação.

4. Ação de mandamento.

5. Ação executiva *lato sensu:*

a) ação executiva, por antecipação ou adiantamento da executividade, de que são *exemplo* as ações de títulos extrajudiciais, mas de cognição incompleta ao tempo da eficácia executiva; *b)* ação executiva, sem antecipação ou adiantamento da executividade, de modo que a sentença final é que é a

"executiva";

c) ação executiva de sentença ("execução das sentenças"), que são títulos para se iniciar execução, já sem a elaboração da cognição completa, porque a sentença exeqúenda deixou atrás aquela elaboração e tende a explorar a cognição completa que traz em si.

O assunto das ações, de direito material, interessa-nos muito, há mais de meio século, razão por que escrevemos o *Tratado das Ações,* após investigações para classificação de enunciados que enchem as sentenças.

Pela classificação guiar-se-á este livro, sem descurar de apontar, *pelo menos,* o segundo elemento preponderante, para que ressaltem os diferentes efeitos das sentenças. Por outro lado, devido a não serem sempre contemporâneas a eficácia predominante e a sentença, nem sempre a característica da sentença está na eficácia que ela produz, às vezes só confirmativa, *e. g.,* de completar a cognição, e outras, somente de ingresso.

No vigente Código de Processo Civil, dedica-se o Livro 1 ao processo de conhecimento, digamos às "ações" de cognição, e o Livro II, ao processo de execução. A alusão à cognição não é à declaratividade, mas sim àdiferença entre a apreciação do pedido e a execução do julgado, posto que haja execuções de julgados que são antecipações de executividade. Por outro lado, teve de pôr no Livro III o processo cautelar, como se ele não se dividisse em classes, que correspondem a diferentes classes de ações (de direito material). Teremos ensejo de examinar esses pontos.

A pretensão à tutela jurídica à asseguração de certa situação de fato (inclusive prova), concessão de medida preventiva ou de asseguração da execução, é chamada, em terminologia científica do direito processual, *pretensão à segurança* ou à asseguração. Pressupõe-se outra pretensão ou à sentença ou à execução; porém, como veremos, é autônoma. As ações e sentenças, que então se proferem, são mandamentais. Não há por onde se criar sexta espécie de ações.

Se elas tomam a natureza de execução para segurança (adiantamento da execução, *e. g.*, ari 585), são ações executivas.

114DAAÇAO

Têm razão, portanto, os que consideram à parte a pretensão à segurança *(e. g.*, Rudolf Pollak, *System,* 144), porém não os que consideram as ações correspondentes como classe própria. Por onde se vê, como em outros casos, que a classificação das ações corresponde à classificação das pretensões. Por outro lado, erram os que têm a execução *adiantada* como espécie das ações de segurança (preventivas). A preventividade de tais ações é, ou passou a ser, elemento ínfimo junto à sua executividade específica.

Quanto à pretensão à asseguração da prova, é de justiça reconhecer-se que foi Rudolf Pollak *(System,* 46) quem se preocupou com a sua natureza e classificação e quis pôr a ação respectiva ao lado da ação declaratória de documento, mas teve de renunciar à assimilação. Sobre isso, ainda falaremos.

Se as ações chamadas “oposição de terceiro” e “embargos de terceiro” são mandamentais; e mandamentais as sentenças respectivas, o que discutiremos nos lugares próprios.

(1) A ação declarativa tem como *conteúdo* obter a declaração de relação jurídica, ou da inexistência dela, ou de ser falso ou verdadeiro algum documento, ou de alguma situação jurídica.

(2) As ações constitutivas têm como *conteúdo* a obtenção de sentença constitutiva, correspondente ao elemento constitutivo que prepondera.

Muito têm preocupado os juristas as relações entre a sentença constitutiva e a coisa julgada material, e vemos a alguns, como Adolf Schõnke, Horst Schrôder e Werner Niese *(Lehrbuch des Zivilprozessrechts,* 8~ ed., 352,442 s.

e 452), degradar os efeitos constitutivos, as *Gestaltungswirkungen,* a simples extensão da coisa julgada material, que aí seria *erga omnes.* Folga ver-se que Friedrich Lent *(Zivilprozessrecht,* 6~ ed., 176) atacou a confusão, pois são distintas a eficácia declaratória e a constitutiva, que se pode dar ainda onde não há declarativídade, que baste a coisa julgada material e, até, onde não há coisa

julgada formal.

Conforme através de tantos anos temos dito, o momento *b,* na constitutividade, é diferente do momento *a:* daí constituir-se, em vez de declarar-se.

(3) A ação de condenação tem como *conteúdo* obter decisão condenatória. Se bem que seja excepcional não terem efeito executivo *(e. g.,* condenação ao restabelecimento da vida conjugal) as sentenças de condenação, esse efeito não lhes é essencial; nem , tampouco, necessariamente, posterior. Combinadas com o adiantamento de execução, dão-nos as ações executivas do ari 585, mas, ai, a executividade prepondera.

Alguns escritores pretenderam definir a sentença de condenação como a sentença em que se declara a violação de uma obrigação ou eventualmente

a lesão de um direito; mas é evidente o equívoco que nasce de se empenhar o termo “declarar”, sem se lhe medir o conteúdo: há declarar *latissimosensu,* em que a ação declarativa compreende a declarativa *lato sensu,* a constitutiva, a condenatória, a mandamental e a executiva; há declarar *lato sensu,* que apanha a ação declaratória típica, e as outras preponderantemente condenatórias, constitutivas ou mandamentais, ficando de fora as executivas. Nada mais perigoso, em ciência, do que esse trocar de conteúdo, mostrando-se o mesmo frasco. Não é o nome que importa, o que importa éa coisa. Definir a ação de condenação como a em que se declara a violação de obrigar, ou a lesão de direito, é o mesmo que definir homem como o animal que é homem, ou como o bípede que fala etc.

Nas ações de condenação, a sentença tem como efeito *normal,* pois que não houve adiantamento de execução ou de mandamento, o efeito executivo, pela formação de titulo executivo; mas a sentença não é executiva, menos ainda a ação. Uma coisa é *ser* executiva, ter força executiva; outra, ter efeito. Por isso mesmo, a inclusão ou o nomear-se a ação de condenação como ação executiva peca pela base; e devem ser repelidas as sugestões de J. W. Planck *(Lehrbuch,* II, 10) e de Konrad Hellwig *(Lehrbuch,* 1,46) a esse respeito. A sentença de condenação não executa, permite a execução; tampouco, manda que se cumpra a prestação, abre portas a que se peça a execução e o juiz executor execute (sobre esse ponto, James Goldschmidt, *Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb,* 45-48). Em conseqüência disso, a ação do ari 641 não devia estar na execução de

“sentença”, nem tampouco é preponderante, nela, o elemento condenatório.

(4) O *conteúdo* da ação de mandamento é obter mandado do juiz, que se não confunde com o efeito executivo da sentença de condenação (sem razão, James Goldschmidt). A sentença de condenação pode conter, também, mandamento ao que executar a sentença, mas isso é outra questão.

No despacho ou mandado *administrativo,* o Estado tem interesse quanto ao próprio conteúdo, o que não se passa quanto à decisão judicial. Nessa, o interesse do Estado é apenas o de que se realize o direito objetivo e, *hoje secundariamente,* se pacifique. Mas isso não tira à administração certas incursões excepcionais, porém não anormais, na realização do direito objetivo *in abstracto.*

A ação de mandamento fica a meio do caminho entre o ato judicial (declarativo a forte dose) e o ato de administração.

(5)As ações executivas, *lato sensu,* nem sempre têm como *conteúdo* a obtenção de declaração ou de condenação.

As ações do ari 585 são ações executivas que têm por fito execução antecipada (adiantamento dos efeitos da cognição) e a condenação final. Não assim as dos arts. 584 e 59O.~~ Algumas ações executivas se mesclam de elementos constitutivos, o que junta à execução a constituição.

Se bem que Wilhelm Kisch *(Beitrãge,* 73 s.), M. Pagenstecher *(Zur Lehre von der Materiellen Rechtskrapt,* 29, nota 60) e F. F. Heim *(Die Feststellungswirkung,* 70 s.) duvidassem, Konrad Hellwig *(Anspruch,* 478 s.), James Goldschmidt (Nachprufung der Vertragsauflõsung, *Archiv lar die Civilistische Praxis,* 117, 19), Giuseppe Chiovenda *(Istituzioni,* 1, 179-182) e Arthur Nussbaum *(Die Prozesshandlungen,* 38) provaram existir efeito declarativo em toda sentença constitutiva. Teremos ensejo de mostrar as diferentes doses desse elemento, com as suas consequências apreciáveis.

Seria de proveito denominar-se cada sentença pela sua força e por seu efeito imediato sentença declarativa constitutiva, sentença condenatória mandamental, sentença de mandamento constitutiva etc., e isso teria todas as conveniências de aludir a conceitos conhecidos, desde que se atendesse à preponderância do

primeiro elemento.

Andaram por perto de tal sugestão, que nos lembre agora, Emil Seckel, no celébre escrito na *Festgabe* de Richard Koch, e Francesco Carnelutti *(Studi,* 1, 311 s.); mas ainda vitimas de certa perplexidade, diante de tema tão novo.

A existência de elemento declarativo em todas as sentenças, estabelecendo-se doses diferentes entre elas, ainda entre as executivas e as constitutivas, afasta a possibilidade de se poder enunciar, *a priori,* que tal sentença, por ser constitutiva, ou executiva, não faz coisajulgada material. A distinção de classes de sentenças que produzem coisa julgada material e classes de sentenças que a não produzem é lenda de juristas. A eficácia depende da relevância da declaratividade na sentença, *em virtude do pedido.* O que há são classes que sempre têm esse efeito e classes que o têm em menor probabilidade. A resposta há de ser, quanto a essas classes, *a posteriori.*

Teremos ensejo de ver: *a)* que a carga de eficácia das ações e das sentenças é constante; *b)* que há cinco elementos que compõem a carga, em ordem decrescente, chamando-seforça ao primeiro; *c)* que é o preponderante que dá a classe à ação ou à sentença; e *d)* que o segundo (eficácia imediata) e o terceiro elemento (eficácia mediata) são de importância considerável. 3 de declaratividade fazem coisa julgada.

Na jurisprudência, por falta de conhecimentos de direito processual, encontram-se erros infantis quanto às sentenças, sua natureza, classificação e efeitos. Um deles é o que resulta de se ignorar a diferença de peso de declaratividade, constitutividade, condenação, mandamento, executividade. Por exemplo: a Corte de Apelação do Distrito Federal, a 7 de agosto de 1924 *(R. de D.,* 74, 190) e o Tribunal de Justiça de São Paulo, a 25 de outubro de 1933 *(R. dos T.,* 91, 570), não viam possibilidades de *atributividade* da sentença: todas as sentenças só seriam *declarativas.*

Alguns autores falam, a mais, da pretensão de segurança e da ação de segurança, de que é exemplo a ação do que pede o depoimento ou a vistoria em perpétua memória, a inscrição da hipoteca legal, ou da hipoteca judiciária, que já o Código Civil de 1939 transformara em efeito da sentença. As medidas preventivas ou acautelatórias entram aí.

Rudolf Pollak *(System.,* 44) frisou que se trata, no fundo, de pretensão à sentença ou à execução. Aparece essa pretensão, porque o meio normal seria inábil. Mas, esse meio provisório ou emergencial constitui pretensão à parte? No processo cominatório temos alguns casos. Tanto não é pretensão à parte, que só se permite nos casos previstos pela lei material ou resultantes do seu sistema. Não poderíamos tê-la como a sexta espécie de ações. O

que se autoriza é a entrega de mandado.

Também é pretensão a de tomar parte secundariamente no processo alheio (pretensão à tutela jurídica secundária), quer declarativo, *lato sensu*, quer de execução. Aí, G. Petschek *(Die Zwangvollstreckung in Forderungen*, 1, 160) falou de pretensão a tomar parte na execução.

A existência da pretensão à condenação, ou à constituição negativa, ou positiva, ou à executividade, ou ao mandamento, e a existência de ações correspondentes a tais pretensões de modo nenhum excluem a proponibilidade da ação declaratória. Quem já tem a pretensão à condenação (a ser pago, ou a que o réu seja condenado a prestar algo a si, ou a outrem) pode satisfazer-se com o exercício da simples pretensão à declaração; não cobra, pede que se ponha claro que é credor; não promove a condenação do réu, pede que se ponha claro que ele, réu, é devedor. O que foi ofendido por ato jurídico inválido, podendo pedir a decretação da nulidade, ou anulabilidade, pode satisfazer-se com o pedido da declaração de outra relação jurídica, de que lhe emanam direito, pretensão e ação. O que poderia pedir a execução (ação executiva de título, ou outra; ação de reintegração de posse, ou de reintegração de funcionário público inconstitucional ou ilegalmente demitido) pode pedir a simples declaração da relação jurídica, de que é titular. O que teria a ação mandamental *(e. g., habeas corpus*, mandado de segurança) pode pedir a simples declaração da *res deducta.* O fato de já se achar proposta a ação de condenação, ou outra, não obsta à propositura da ação declaratória.

A classificação quinária das ações de certo modo as escala, de tal jeito que as ações menos simples se podem cindir, tornando-se proponíveis as mais simples, independentes da restante eficácia; *e. g.*, propõe-se a declaratória, que seria questão prévia da condenatória, e depois, já trânsita em julgado a sentença na ação declaratória, a condenatória, para a qual se leva a *res iudicata* da sentença anterior.

Na *Sistemática,* teremos ensejo de mostrar que as qualificações, que ai se apontam (declarativas, constitutivas, condenatórias, mandamentais, executivas), podem aparecer apostas à pretensão (de direito material), às ações (de direito material), às pretensões processuais e às ações processuais ("ações") e, até, à pretensão à tutela jurídica. Os problemas que daí derivam facilmente se resolvem, se se parte de conceitos precisos.

3. Conceito de réu Já vimos que o réu é aquele contra quem se propõe a ação. Quer dizer: o outro pólo da relação jurídica de direito material, que se está a invocar, e outro pólo da relação jurídica nascida, pelo chamamento dele, entre o Estado e ele relação em ângulo, referida sob a nota 2). E possível que o próprio réu chame outro.

O réu "contesta". Aí, a lei processual emprega o verbo em sentido mais largo do que noutros lugares, quando a contestação se define como resposta negativa do réu. Não se dê, contudo, muito valor de precisão à expressão

"contestação"; o reconvindo e, não só o reconvindo, outros réus "impugnam", ou "embargam". Os réus e quaisquer pessoas no pólo passivo da relação jurídica processual "impugnam". Impugnam também os autores e quaisquer pessoas no pólo ativo da relação jurídica processual, *se ocasionalmente têm ônus de responder a pedidos dos réus.*

Na ação de condenação, a sentença condena a pagar, a restituir, ou, no processo penal, à prisão, à morte. Condena *(con-damna),* como que a transmitir sofrimento, dano. Tal sentença tem efeito executivo, quer dizer abre a porta à ação de execução, que por isso se chama (ação de) "execução da sentença". Se a sentença tem força executiva, em vez de simples efeito, a ação foi executiva mandamental; ou a sua força apenas confirmou execução, *que se adiantou,* mediante cognição incompleta, confirmação que se deu quando se completou a cognição, e então a ação foi executiva. Não se procure ver a diferença em distinções de natureza da pretensão de direito material, porque se cairia nos erros enormes de Francesco Carnelutti *(Lezioni,* II, n0 73). Na ação constitutiva, o que ressalta éo elemento constituição de nova situação ou nova relação jurídica, incluindo-se a negativa (resolução do contrato por inadimplemento da outra parte, desquite, etc.), e a sentença integra ou constrói, de todo, o negócio jurídico ou o *status.* Os efeitos são o da nova situação ou relação jurídica. A sentença, essa, tem força constitutiva. (Algumas vezes parece que tem efeito, e não força,

como se apenas habilita a registro. Mas há ilusão: esse efeito é da situação ou relação que ela constituiu ou integrou; e não efeito *dela,* diferido.) 4. Interesse necessário "Necessário", disse o Código de Processo Civil de 1939. No Código Civil de 1916, ari 76 já se lia: "Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legitimo interesse econômico ou moral". O Código de Processo Civil incorreu em *bis in idem.* O mesmo aconteceu ao Código de Processo Civil vigente. Mas apenas porque a palavra "ação" está aí em sentido de uso de remédio, e o princípio vem do Código de Processo Civil italiano, ari 36, no qual se estatuía que, "para se propor demanda em juízo, ou para contradizer a mesma, é necessário ter interesse". O Código Civil brasileiro de 1916 frisou: "interesse econômico ou moral". No parágrafo único, acrescentou: "O interesse moral só autoriza a ação, quando toque diretamente ao autor ou à sua família".

Tudo isso denunciou, assim no legislador do direito civil quanto no legislador do direito processual, bem superficial conhecimento do problema de técnica legislativa. O indivíduo, ou tem direito subjetivo, ou pretensão, ou não no tem. O indivíduo, ou tem ação, ou não na tem. Se tem ação, ou a lei lhe dá o uso dos remédios jurídicos processuais ordinários, ou não lho dá. Desde que o individuo tem ação, pode *acionar;* desde que não a tem, não pode *acionar.* A tautologia ressalta. Por outro lado, se o sujeito tem ação e não há remédio jurídico processual nas leis processuais, o defeito é da lei evidentemente manca.

O interesse e a legitimidade, a que se refere o ari 30, são pressupostos para propositura de "ação", ação aí em sentido de direito processual, e não de direito material. Pode-se ter interesse e legitimidade para se propor ‘‘ação , e não se ter direito, pretensão ou ação de direito material, posto que seja raro. E pode-se ter ação, no sentido de direito material, e não se ter legitimidade para propor "ação", no sentido de direito processual. Os incapazes não são legitimados que o Estado preste a tutela jurídica que prometeu. Quando se julga que alguém pode ou não propor ação ainda não se entrou na apreciação do mérito. O que pode acontecer é que, ao julgar-se o mérito, se negue ao autor a legitimação à ação (de direito material) e, em consequência, se volte à afirmação de que não podia, sequer, propor a ação. Ao despachar a petição inicial, o juiz, adiante das alegações de fatos, quase sempre *supõe* que haja legitimidade processual do proponente bem como do demandado. Passa-se o mesmo no que concerne ao interesse, que pode ser do autor, ou do réu, ou de algum interessado (cf. ari 20).

A todo direito corresponde uma ação que o assegura. É o *princípio da*

coextensão do direito, da pretensão e da ação, que os sistemas jurídicos podem conter ou não. O sistema brasileiro contém-no. Contém-no, expressamente, como o revogado Código Civil português de 1867, ari 12.0 direito alemão tem-no, mas somente de modo implícito e revelado pela jurisprudência e pela doutrina (Paul Eltzbacher, *Die Unterlassungsklage,* 81; Audreas Von Tuhr, *Der Alígemeine Teu,* 1, *258).* Se existe a pretensão, existe a ação. A regra jurídica, que faz a ação depender do interesse, econômico ou moral, seria inútil se o legislador tivesse empregado, no mesmo sentido, a palavra "ação".

O problema consistia em se atribuir a todo direito ação e a toda ação remédio jurídico processual (cp. revogado Código Civil português de 1867, ari 12: "Toda a lei, que reconhece um direito, legitima os meios indispensáveis para o seu exercício").

A existência do interesse, que legitima à propositura ou à defesa na ação e tem de ser examinado pelo juiz, não é a existência do direito, pretensão ou ação que vai ser objeto do mérito. Por isso, se não há interesse, extingue-se o processo sem julgamento do mérito (ari 267, VI). Trata-se de exercício da pretensão à tutela jurídica: o Estado prometeu a tutela jurídica, sem que para isso se exija que a decisão *haja de ser* favorável. Às vezes, a tutela jurídica não supõe a existência de direito e apenas se refira a interesse moral *(e. g.,* a viúva apresenta-se para contestar ação de paternidade, que se atribui ao marido). Pense-se também em contestação do marido se alguém moveu ação de maternidade. Tais atitudes podem ser tomadas mesmo se a prova a que se atribui a ascendência está viva. Se alguém propõe ação de paternidade, não se pode negar à mãe a legitimação a contestar; idem ao pai, se a ação é de maternidade.

O interesse não é só econômico, ou moral. Em qualquer dimensão social (~ em qualquer dos principais processos sociais de adaptação), há irradiação de interesse. Há o interesse religioso, moral, artístico, científico, jurídico (estrito senso), político e econômico. Se alguma autoridade proibe que o crente da religião a use, ou proceda com observância de regra ética, que a autoridade não reputa existente no meio social, ou tome determinada atitude política, ou jurídica, ou artística, ou científica, e infringe, com isso, princípios vigentes, há o interesse da pessoa ofendida, interesse suficiente para propor a ação. Há alusão da lei à necessariedade do interesse, com toda razão; mas é preciso que haja pretensão à tutela jurídica, para a qual se exige que o interesse possa entrar no mundo jurídico, e a pretensão à tutela jurídica não se reduz à tutela de quem vai

ter sentença favorável.

O problema técnico não é um só. O enunciado “quem é titular de direito, pretensão, ação ou exceção também o é de pretensão à tutela jurídica” seria tautológico se o monopólio estatal da justiça fosse coextensivo à tutela jurídica judicial, isto é, nada escapasse ao exame do juiz sem exigência, em qualquer caso, de resolução prévia administrativa. Não há tautologia, porque se tem de indagar da existência, na espécie, da pretensão à tutela juridica pelo juiz. De modo que se tem de entender existente a regra jurídica: “Onde com a incidência do direito objetivo não coincide a realização dele e a pessoa tem interesse em que se produza a coincidência, cabe-lhe a pretensão à tutela jurídica, desde logo, ou, se a lei o exige, após resolução administrativa”. Esse é o conteúdo doutrinal do ari 153, § 40, da Constituição de 1967, com a Emenda n0 1 .‘~

No plano do direito material, “A cada direito (ou pretensão), corresponde ação”, somente pode significar que a ofensa ao direito (ou à pretensão) faz, sempre, surgir ação.

Todavia, não deixemos de lembrar o que dissemos antes, a respeito dos *direitos mutilados,* direito a que a lei retirou a eficácia que consiste na pretensão e na ação, ou somente da ação. Pense-se nas dividas de jogo e de aposta, de que trata o Código Civil, arts. 1.477 e 1 .478.

No plano do direito processual civil, ou penal, o exercício da pretensão à tutela jurídica faz nascer a pretensão processual, de modo que “a cada pretensão à tutela jurídica” corresponde “ação” processual (remédio jurídico processual), para que o Estado cumpra o que prometeu e se lhe pediu, com a propositura da demanda.

(Ambas as regras a de coextensão do direito e da pretensão e a de coextensão da pretensão e da ação sofrem exceções, conforme vimos à nota 2), e mostraremos, *in concreto,* nos lugares próprios.) Clóvis Beviláqua traduziu, para o seu projeto de Código Civil, o ari 36 do Código de Processo Civil italiano *(Trabalhos da Comissão Especial da Câmara,* 1, 221); mas traduziu-o mal: nem o Código de Processo Civil italiano dissera, antes, que a todo direito corresponde ação que o assegura, nem o dito Código falou de *ação,* conceito de direito material, e sim de *“demanda in giudizio”,* que é remédio jurídico processual. Por outro lado, Clóvis Beviláqua transformou em regra legal a opinião de E. Gianturco, que,

depois de se referir ao interesse material e moral, restringiu esse ao que “toca diretamente ao autor e à sua família” *(Digesto Italiano,* III, 505),

“faoIilialismo” demasiado italiano, em conceito que de nenhum modo exaure o conteúdo de interesse moral. O ari 76, parágrafo único, do Código Civil de 1916 dizia: “O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor ou à sua família”. A matéria concerne à pretensão à tutela jurídica.

O Código de Processo Civil de 1939, ari 20, não mais cogitou de tal limitação. O interesse moral da instituição de que se é órgão , ou a que se deu o nome, o interesse moral da classe, ou região, ou cidade, permite o exercício da pretensão à tutela jurídica. Naturalmente, em se tratando de tutela do nome, ou matérias que somente tocam à família, o interesse mesmo se limita.

É curioso observar-se que o legislador do Código de Processo Civil de 1939 cortou a regra de E. Gianturco, o que levantou o problema de se saber se o ari 76, parágrafo único, do Código Civil estava revogado. Estava: não caberia mais invocar-se a restrição do civilista italiano. Volvemos, aí, à tradição certa do direito brasileiro (João Monteiro, *Teoria do Processo Civil,* 1, § 20, nota 4, l03~ “ não é preciso que o interesse tenha por conteúdo uma relação econômica, ou seja *conversível em dinheiro.* Um Interesse de *honra,* um interesse de família, um interesse de profissão, bem podem legitimar o uso da ação civil”).

Uma das consequências da eliminação está em que se pode propor ou contestar “ação” que se funde, por exemplo, em insulto ou difamação de classe (médicos, advogados, fundidores, sapateiros etc.), ou regiões (Paulistas, Pernambucanos, Mineiros etc., habitantes do Município A). As ações populares são de direito público e, desde que o direito material as tenha, não se lhes poderia negar o ingresso em juízo, através dos remédios jurídicos processuais, próprios ou gerais.

De agora em diante, procuraremos o máximo de rigor à terminologia: há direito sem pretensão, há pretensão sem ação. De modo que somente a *prática e* a *meditação* dos casos concretos nos dirão todo o conteúdo do ari 30

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a 30 de agosto de 1957 *(D. da J.,* de 2 de outubro de 1958), a propósito da referência a interesse, na legislação de direito material e na de direito processual, afirmou: “Esse Interesse é

reconhecido, até níesmo a legatários de remanescentes, por Pontes de Miranda, notando-se que os preceitos do Código de Processo Civil devem ser interpretados de acordo com o sistema da lei material e os legatários entram na partilha, dado o caráter executivo, declaratório e constitutivo desse ato. Outra é a questão relativa ao modo de se repararem os defeitos arguidos, se mediante emenda, reforma parcial, sobrepartilha, ou outro ato com aplicação das disposições legais sobre nulidades".

5. Conceito de interesse necessário Se o interesse é necessário, a lei o protegeu, é interesse que ela tem como direito, pretensão, ação, ou exceção. Intruso o adjetivo, antes usado, interesse "legitimo", ou sem sentido.

Traduzindo o texto italiano, que o inspirou, Clóvis Beviláqua meteu o adjetivo "legítimo" que lá não estava. Se só os interesses "legítimos" autorizassem apropositura das demandas, ser autor seria ter razão; portanto, todo processo seria coisa inútil. O propósito do legislador italiano foi o de dizer que ter *interesse* na entrega da prestação jurisdicional, por parte do Estado, constitui requisito necessário para se propor ou se contradizer a propositura.

Interesse, sem mais nada. Se lhe corre a razão, o autor ganha; se não lhe corre, perde. Tal a "promessa" do Estado.

Se esse interesse é legitimo, ou se o não é, depende do direito do autor ou do réu. Intercalando, no texto, o adjetivo, ou não atendeu o jurista ao problema que o legislador italiano, seu modelo, se propusera; ou quis antecipar-se à decisão da demanda, o que se não compreenderia. Atribuir ao adjetivo "legítimo" o sentido de permitido por lei, seria traçar duas linhas divisórias: uma, entre interesses e não-interesses; outra, entre interesses legítimos e ilegítimos, que seriam os interesses *suscetíveis* de proteção pelo direito e os interesses *não-suscetíveis* de tal proteção; os interesses do que tem razão e os interesses do que não tem razão, dos quais só aqueles seriam os legítimos. A única solução era lermos o adjetivo "legítimo" como se estivesse em vez de "jurídico", de modo que dentro dessa forma contenham interesses religiosos, morais, políticos, econômicos, artísticos, científicos ou mistos.

Ou não o ler. Ou apenas entendermos que se faz pré-exclusão dos interesses *contra direito.*

O Código de Processo Civil italiano de 1865, ari 36, dizia que, para se propor demanda em juízo ou para contestá-

la *(per contradire alIa medesima),* é necessário ter interesse. Pisanelli justificava-o como *axioma,* talvez porque considerou ser regra pré-processual ou extraprocessual; e um dos membros da comissão achou-a incompleta, inexata e supérflua. Era o *Point d'intérêt, point d'action,* que se metia em Código. O Código Civil brasileiro, ari 76, foi buscá-lo na lei processual italiana, acrescentando o adjetivo "legitimo" a interesse, o que acentuou a tautologia mais do que a indemonstrabilidade: em vez de o ter como postulado, o legislador como que o adelgaçou em enunciado tautológico.

Por trás das pretensões estão *interesses,* mas há interesses a que não correspondem pretensões. De modo que

"interesse legítimo" (Código de Processo Civil de 1939, ari 20; Código Civil, ari 76) seria pretensão, e não mais do que isso: em vez de se ver a pretensão só do lado do direito, ver-se-ia do lado da vida (interesse) e do direito (legítimo). Porque "legítimo" significa "conforme direito".

Quando o Código de Processo Civil, em 1939, inseriu o ari 30 oportunidade teve de pôr o interesse como ligado à *pretensão à tutela jurídica,* em vez de à *pretensão "in iudicium deducta* ", mas considerou o litígio *ad emulationem* simples abuso do direito processual. Tampouco o elevou à categoria de pressuposto do processo. A falta de interesse não faz a causa *inexistente,* nem *nula;* a sentença, que decreta faltar o interesse do autor, decide mérito36 a que o reputa presente, sem que esteja; ou ausente, se ele está é *injusta.*

Ao ari 30 do Código de Processo Civil de 1939 corresponde o ari 16 do Código de Processo Civil vigente.

Quanto à adjetivação de interesse, acertado foi o legislador do Código de Processo Civil vigente em retirar o que antes se empregara ("legítimo"), o que atendeu à nossa crítica ao texto anterior, nos *Comentários* que então escrevemos (Tomo 1, 1a ed., 112 s.; 2a ed., 98 s.).

O interesse jurídico é o interesse que seria legítimo se o autor ou o réu tivesse direito, pretensão, ação ou exceção, que o amparasse. Não é preciso que se

verifique tal legitimidade, porque, então, se transformaria o julgamento em julgamento de mérito. O interesse de agir, a que o Código Civil de 1916 chamara legitimo, sendo repetido pelo Código de Processo Civil de 1939, é o interesse em que se admita a demanda e se profira a sentença. Nada tem com o mérito. A pré-processualidade ressalta. Falta de interesse de agir, dito no anterior Código de Processo Civil interesse legitimo, é falta de necessidade da tutela jurídica. O Estado prometeu tutela jurídica aos que dela precisem; não aos que dela não precisam. Tal verificação prévia se lhe impunha, para evitar gastos inúteis, assoberbamento dos serviços judiciários e incômodos às pessoas que teriam de entrar na relação jurídica processual ou seriam chamadas a angularizá-las.

No Código de Processo Civil, ari 30 o principio que se formula é o *princípio da necessidade da tutela jurídica*, também chamado *princípio do interesse na tutela jurídica.* Na ação declarativa, há de existir interesse em se obter a declaração; na ação constitutiva, o de se conseguir que o juiz constitua o direito, a pretensão, a ação, ou a exceção; na ação condenatória, O comentarista se refere a interesse jurídico. No CPC vigente, o pronunciamento judicial, que decreta faltar o interesse processual do autor, extinguindo, por isso, o processo (ari 295, III, combinado com o 267, 1, e ari 267, vi). nunca decide o mérito, mas é sentença (ari 162, * l~) e, consequentemente, apelável (ari 513).

ode ser condenado a prestar aquele contra quem se demanda; na ação mandamental, o de que alguém, a quem o juiz manda, cumpra o mandado judicial; na ação executiva, o de que se passe de um patrimônio para outro algum bem da vida. A necessidade, de que se trata, é a necessidade objetiva da tutela pelo juiz, sem se ter de indagar se, no autor, havia, ou há, a necessidade subjetiva da propositura da ação. Quando o juiz acolhe a preliminar da falta de interesse, não julga improcedente a ação, nem ilegitimado, ativamente, o autor; apenas lhe declara a falta do interesse na tutela judicial. O único elemento extradeclaratório é o de condenação nas custas. A regra jurídica do ari 30 do Código de Processo Civil é de direito material da justiça, de direito público; portanto, não formal. Nem seria de admitir-se que pertença ao direito privado, como parecia a James Goldschmidt *(Der Prozess ais Rechtslage,* 395, *Zivilprozessrecht,* § 12, n0 4, *c),* nem que seja pressuposto da sentença de fundo, como sustentou Leo Rosenberg *(Lehrbuch,* ~a ed., 367). A decisão sobre a falta de necessidade de tutela jurídica supõe que o demandante possa alcançar a finalidade sem pedido à justiça, ou que ajustiça nada possa fazer. O pressuposto é de ordem pré-processual. O interesse,

de que se trata, é, por conseguinte, precisamente, o interesse pré-processual em que se tutele o direito. Se há caminho presto, só dependente do titular do direito, como se tem ele dinheiro do réu, com que possa por algum efeito jurídico compensar, sem necessidade de decisão judicial, não precisa ir a juízo. Se o bem pareceu e cabe a indenização, não há ação para havê-lo em *natura;* não há falta de interesse. Não se deve entender o ari 30 do Código de Processo Civil no sentido de "Pas d'intérêt, pas d'action", ou "L'intérêt est la mésure des actions", "L'interesse é la misura delle azioni". O interesse, de que fala o ari 30 é estranho ao conceito de ação, em direito material.

Tem-se, portanto, de evitar toda a confusão entre falta de interesse de agir e falta de direito, de pretensão, de ação ou de exceção. Ali, só se cogita de pretensão à tutela jurídica; por conseguinte, de pressuposto pré-processual; aqui, de mérito, da própria *res in iudicium deducta.*

O processo pode ser civil, e o interesse, público? Aqui se põe claro que o direito material privado tem conteúdo de interesse privado, porém o interesse a que se alude não é necessariamente privado. Pode A propor ação declaratória da sua nacionalidade, e o interesse de modo nenhum é privado:

é público. As lides sobre impostos têm base em interesse público, com repercussão no patrimônio particular da parte. Em compensação, quando o Estado litiga para haver perdas e danos pela destruição de prédio seu, baseia-se em interesse privado. A finalidade do processo civil é realizar o direito e dirimir questões, portanto não poderia ter fundamento no interesse das partes; é pública, porque o interesse público em que se firma o processo em geral pode recair na dirimência de questões de direito público ou de direito privado e, sem que as duas dicotomias coincidam, na suscitação pelas *partes* ou *pelo Estado.* Chama-se processo civil, porque, nele, o maior número de interesse das partes é privado, não porque tal interesse seja, em todos os casos, privado. O processo penal também possui, à semelhança disso, a ação privada, que é excepcional. Numa e noutra espécie, o direito de ir ajuizo é direito público subjetivo cujo conteúdo corresponde, sempre, a interesse público, e não se confunde com o interesse de tutela jurídica, com o interesse no pedido, que é outra coisa. A pretensão à tutela jurídica, essa, não é de direito privado.

Quando se exige que o autor tenha interesse, naturalmente se invoca *possível* relação de direitos que o justifique.

Tratando-se de condomínio, nenhum dos condôminos pode atuar sem ser para os atos que a lei lhe permite praticar sozinho, ou para os atos que obtiveram consentimento dos outros condôminos. Se falta esse consentimento, de modo expresso, o ônus da prova cabe a quem o afirma. Aí pode intervir a máxima de ser melhor a condição de quem proibe; porém, se não houve oposição, quando podia ser eficiente, não se há de exigir a repristinação, e sim apenas a indenização do dano. Tudo isso tem incidência: *a)* se há comunhão *pro indiviso* e no terreno comum o condômino, sem oposição dos outros, constrói casa sua, porque não mais cabe a nunciação de obra nova nem a demolitória; *h)* se, na comunhão *pro diviso*, está em causa o edifício mesmo no seu exterior, ou terreno, ou parte comum.

Se o que o condômino pede já foi feito, falta interesse na tutela jurídica. Se o que pede já foi feito e outra seria a ação, tem-se de ter a indicação da ação proponível como explicitação, e não como admissão, porque a demanda foi, pré-processualmente, afastada pela falta de interesse de agir.

Sempre que há o interesse de direito material, há o interesse na tutela jurídica. Com o exercício da pretensão à tutela jurídica, evidente fica que no plano do direito processual, como no direito material, revelado foi o interesse.

Pode ocorrer que apenas se haja previsto *poder* ocorrer interesse de direito material, razão por que se pediu a tutela jurídica. Pense-se na situação de dois, três ou mais concorrentes, se algum deles pode ser atingido por alguma atitude que fira o seu direito expectativo.

Se não há o interesse processual, extingue-se o processo emjulgamento do mérito (ari 267,VI).

A própria petição inicial há de ser indeferida (ari 295, III). Quanto à *ação popular* (Constituição de 1967, com a Emenda n0 1, ari 153, ~ II, basta que seja cidadão brasileiro e se queira afastar a lesividade ao patnmonio de entidade pública.

6.Interesse do autor e interesse do réu O intesse do autor ou do réu éo que ele tem na prestação jurisdicional que *pode* ser-lhe *favorável*, no dizer final da justiça. Claro que esse interesse pode ser o de declaração do direito, da existência da relação jurídica entre o autor e réu, ou o de declaração da

autenticidade ou falsidade de documento, ou ao exercício do direito, ou, até, a qualquer questão sobre a sua extensão no espaço, no tempo, ou no mundo dos direitos em que ele se aloja ou se exerce. Tal interesse tem de ser relativo à propositura ou à contestação da demanda. Antes dele está, ou não, o direito; mas a apreciação desse direito, ou da sua estrutura, constitui matéria de exame do pedido em seus fundamentos.

O interesse na constitutividade, ou na condenatoriedade, ou na mandamentalidade, ou na executividade, pode não existir, existindo na declaração, se bem que, de regra, haja de existir na declaração para que exista em qualquer outra eficácia das ações.

A pretensão que está à base do pedido, pretensão de direito material, nem sempre coincide com a de direito processual. O que é credor tem pretensão a receber e pode ter pretensão a condenar. As vezes, só tem pretensão a ser declarada a relação jurídica, ou essa e a pretensão a executar, que, *ex hypothesi*, não tinha. Executando, pode dar-se que tenha pretensão a sentença de mandamento para que se cancele algum registro. A sua pretensão a adjudicar leva-o à pretensão a licitar (juramente processual) e a que se lhe permita repor o excesso do valor do bem (pretensão a constituir). Há todo um entrelaçado de interesses e certa convergência das pretensões para se apoderar dos bens da vida.

Quem tem interesse na petição, ou na contestação, pode não ter direito ao que pede ou ao que nega. Quem diz A tem interesse em propor “ação” ou em contestar não diz que A tem ação, menos ainda que A tem direito, ou pretensão. Diz apenas que A pode pedir ao Estado que se pronuncie, isto é, tem “interesse” em que o Estado se pronuncie. Esse interesse é, na maioria dos casos, econômico. Porém, não sempre. A medida que as estruturas sociais se sucederam no sentido de explicar a organização preponderante-mente econômica da sociedade, tomou-se difícil (e pareceu ingênuo a legisladores) que se litigasse por interesses só morais. Certos escritores de povos economizados até à saturação chegaram a considerar “imorais” os indivíduos que agem somente por interesses morais. O conteúdo da vida seria só material; o interesse espiritual seria do outro mundo, ou coisa intima, que se deve ter pejo de expor. O que é útil é verdadeiro; o que vence na ordem econômica tem razão; o que foi lesado nos seus haveres, ou teme ser lesado, tem direito, e só ele o tem, à proteção judicial. Vida e propriedade seriam os únicos bens terrestres.

Mas tal concepção da vida não resiste à análise filosófica. Pertence às eras criticas do capitalismo agressivo ou do capitalismo pacífico, mas tardio em suas estruturações políticas e culturais.

As referências legislativas ao interesse e à ação têm raízes remotas no aforismo francês *Point d'intérêt, point d'action,* onde a palavra "ação" poderia ter mais de um sentido, como sempre. Não houve, na doutrina, a critica *lógica* ao conteúdo desse brocardo, nem estudo da sua consistência no sistema das regras de direito. Tampouco, foi procurada a sua situação nos ramos jurídicos (direito privado, direito pré-processual, direito processual).

Se nas ações há sempre interesse, o aforismo é tautológico. Sabendo-se se há ação, sabe-se que há interesse, embora não vice-versa.

Na 6~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 6 de agosto de 1946 *(D. da J.*, de 24 de junho de 1948, 1963), negou-se aos irmãos do decujo interesse legitimo em que se decretasse invalidade de testamento por existir quem herdasse antes dele, *in casu* a viúva. Não está certo. Poderia a viúva renunciar à herança, ou haver contra ela ação de deserdação, ou alegação de estar desquitada. Demais, poderia ser normal o interesse dos irmãos, como se o testamento contivesse dizeres ofensivos a eles.

O interesse só existente quanto a um dos pontos do pedido, ou só

existente quanto a determinada eficácia, ou determinadas eficácias, basta a que se admita, quanto a esse ponto, ou quanto a eficácias, de que se trata, o exercício da pretensão à tutela jurídica.

7.Interesse moral e outros interesses; legitimação passiva Interesse moral é o interesse não-patrimonial, se bem que se encontre, de regra, nos interesses patrimoniais, interesse moral, e nem sempre os interesses morais se apresentem em estado puro. As vezes, o interesse moral contradiz o interesse econômico, do autor ou do réu; e isso de modo nenhum lhe impede o exercício das ações em juízo. Posso ser contemplado em testamento como "usufrutuário" e, devido à minha opinião sobre a interpretação de verbas semelhantes à que está na cédula, ter interesse em que se me considere apenas como "fiduciário".

Quando se exige que o réu, ou, em geral, quem responde ao articulado do

proponente da ação, tenha interesse, econômico ou moral, em assumir a atitude de defesa, parece que se pretendeu obrigar essa pessoa provocada a apresentar maior razão do que a sua própria situação de demandado. Não têm faltado juristas que reclamem contra tal condicionamento do direito de contestar ao interesse do contestante. Para eles, o interesse resulta do próprio chamamento a juízo, ou, em regra, de qualquer provocação. O provocado apenas reage. A provocação seria apenas estimulo.

A questão de legitimidade, a que se refere o ari 30 não é de legitimidade de direito material, posto que tenha o juiz de apurar se é admissível que a pessoa que propõe a ação possa ser titular de ação (de direito material), ou de direito, pretensão e ação. Se o juiz conclui que não poderia, de modo nenhum, ser titular, no plano do direito material, seria absurdo que o reputasse legitimado à "ação" de direito processual, porque exatamente tal "ação" é remédio jurídico processual de que tem a pretensão à tutelajurídica. O que precisa para que a legitimidade, segundo o ari 30 exista é que seja possível, diante dos fatos alegados e o pedido feito, que a pessoa possa ser titular da ação que lhe conferiria o direito material.

Quanto ao réu, dá-se o mesmo que dissemos quanto ao autor. Não se pode deferir a citação de uma pessoa, em ação de filiação, *e. g.*, se o réu éda mesma idade que o autor, ou com pequena diferença. Mas, se foi deferida a petição inicial e houve a citação, e o réu contesta, não se lhe pode negar a legitimidade processual ou interesse na ação, uma vez que está exposto àsituação melindrosa. Ai, se o juiz acolhe o que consta da contestação éporque há ausência de pressuposto da constituição do processo (ari 267, IV) ou por ter de rejeitar o pedido do autor (ari 269, 1). Devemos estar atentos a que o juiz funcione como órgão do Estado para a tutela jurídica, porém o que ele tutela é eficácia de regras jurídicas de direito material. Mesmo em se tratando de ação rescisória, a ação de direito material tem de existir, porque o direito processual de certo modo, com o ari 485, redigiu regra jurídica que é acima dele, razão por que, acertadamente, consta de texto constitucional (Constituição de 1967, com a Emenda n0 1, arts.

119, 1, *m)* e 122, 1, *a)37.*

Nem o interesse do autor está implícito na propositura nem o do réu, ou de qualquer outra figura passiva do processo, está implícito ou é imediatamente decorrente da sua passividade. Assim, quando alguém propõe ação contra a

Fazenda Pública, ou algum menor, ou incapaz, sem outro interesse que o de simular a existência de relação jurídica, quaisquer que sejam os seus intuitos com tal astúcia, ainda que o representante da Fazenda, ou o do menor, ou o do incapaz conteste, não está inibido o juiz de apreciar à falta de interesse. Qualquer que seja a decisão do juiz, uma vez que passe em julgado, livra a Fazenda Pública, o menor, ou o incapaz, de quaisquer efeitos da malograda simulação.

A regra jurídica do ari 30 no que se refere ao réu, ou a quem quer que reaja à atividade processual de outrem, não contém tautologia, nem enunciado supérfluo, nem, tampouco, constitui norma destituída de atuação na vida prática.

Aos outros processos sociais de adaptação (Religião, Política, Arte, Ciência e Direito) correspondem interesses que o proponente da ação pode ter. O cidadão brasileiro a que se nega que venha a candidatar-se a algum cargo eletivo pode ter interesse em que se declare tal efeito. Interesse político. O padre nomeado membro de um Tribunal pode ter interesse em entrar na reunião com a batina. São apenas exemplos.

O ari 30 diz que, para contestar, é preciso ter interesse e ter legitimidade. Se a alegação que o réu vai fazer é a de não ser legitimado passivo (não poderia ser citado, pois que réu não é), aí o que contesta é não ser legitimado passivo, e então lhe falta a legitimação passiva. O que o legislador supõe é que a pessoa tenha sido citada, isto é, que tenha sido posta, processualmente, na situação de sujeito passivo. Não se trata de legitimação passiva na relação jurídica de direito material. Quem foi posto na relação jurídica processual, como réu, tem legitimidade a contestar, para defender-se, porque é processualmente legitimado, de modo que se deve evitar a intervenção do ari 30 como se a expressão "legitimidade" fosse a de legitimidade passiva na *res deducta.* Pode contestar quem foi elemento da angularidade da relação jurídica processual, quer tenha a legitimação passiva de direito material, quer não a tenha. Por isso, não é de criticar-se, como se tem feito, a redação do ari 30~

No ari 30 só se fala de legitimação para propor ou contestar. Não se diga que o Código de 1973 foi ao erro palmar de exigir a legitimação ativa e a legitimação passiva no que concerne à *res deducta*, ao objeto da demanda. Pode propor a "ação" de direito processual, conforme as regras jurídicas a isso pertinentes, e pode contestar a "ação" proposta quem é legitimado processualmente. O legitimado passivo processual tem a *legitimatio ad processum,* como a tem o

legitimado ativo processual. A *legitima-tio ad causam* é outro assunto. Os legitimados *adprocessum* têm a pretensão a praticar os atos processuais, a partir da petição e de qualquer defesa do citado. Dai a diferença, também, entre capacidade dos titulares e dos sujeitos passivos para as relações de direito material e a capacidade para propor ação e ser pessoalmente citado. O menor ou outro incapaz, que herdou com a saisina, já está na relação jurídica ou nas relações jurídicas que correspondem ao bem ou aos bens herdados, mas, nas ações que se tem de propor, ou que se tem de contestar, precisa de representação ou de assistência.

8.Autor e assistente do autor e réu O interesse do autor, ou do assistente do autor, aprecia-se durante toda a elaboração do processo. Não é só quanto ao pedido que ele tem de ser apurado. Se bem que a petição, traçando limites à atuação do autor, constitua como que o salão dentro do qual se tem de mover, atos há, praticáveis pelo autor ou requeríveis por ele, que exigem a caracterização particular do interesse. Se alguma diligência ou, mesmo, algum simples termo continuativo do processo, não o prejudica, nenhum interesse tem, por exemplo, em recorrer.

Interesse também lhe falta para análises, violentas ou pejorativas, de depoimentos que não lhe empioram a situação no processo. Mediante as duas regras jurídicas dos arts. 30 e 40 adquire o juiz certo poder de moralização do processo, contra o qual reage, e não podia deixar de reagir, a velha concepção do processo como luta corpo a corpo, espécie de circo, em que o Estado ainda não realizou a sua função de juiz e, pois não saiu do seu papel de assistente, de espectador.

Todavia, a apreciação da ilicitude ou da imoralidade desce do plano da pré-processualidade para o plano do direito material: quem foi repelido por ser ilícito, ou imoral, o seu interesse, não pode mais volver a litigar quanto à mesma *res in iudicium deducta,* razão por que o próprio recurso da decisão é o recurso que se interpõe das decisões sobre o mérito. A falta de interesse de agir é falta de necessidade da tutela jurídica. A ilicitude ou imoralidade do interesse atinge o mérito da causa, o *fundo.* Teremos de versar as conseqüências de tal distinção, que nos livra de muitos erros.

Réu, na ação de declaração, é quem há de sofrer a eficácia preponderante da sentença que declare a existência ou a inexistência da relação jurídica, ou a

autenticidade ou falsidade do documento. Na ação declaratória positiva (existe; é autêntico o documento), em principio é autor o sujeito ativo da relação jurídica, ou quem tem interesse na autenticidade do documento; réu, quem sofre com a declaração de existência, ou de autenticidade. Na ação declarativa negativa, autor é quem nega a existência, ou a autenticidade do documento. Dissemos "em principio", porque, verdadeiramente, pode ser autor da ação declarativa positiva, por exemplo, A, o pré-contraente comprador a que se prometeu alienar uma determinada jóia que o pré-contraente vendedor, B, teria adquirido de C. Ai, A pode propor a ação contra B e C, posto que a relação jurídica pré-contratual só exista entre A e B. Idem, se B, pré-

contraente de C, cedera a A o seu direito ao contrato. Outro exemplo: B endossara a A o titulo cambiário ou cambiariforme que lhe subscrevera e emitira C, e A, antes do vencimento, está interessado em que se declare a autenticidade do documento. Nessas duas espécies, o autor não está na relação jurídica, ou está em segundo plano.

A incerteza jurídica nem sempre é a mesma, no tocante a relação jurídica.

Cumpre, porém, advertir-se que a afirmação da inexistência ou da existência talvez proceda de outrem. C disse ou publicou que a escritura particular em que A figura como outorgante ou como outorgado é falsa, em negócio jurídico com B. Tanto A como B podem propor ação contra C, devendo também ser citado os figurantes do negócio jurídico que não foram os dois que propuseram a ação (Cf. Scaglioni, *Diritto Processuale Civile,* 1, 15 s.; Marco Túlio Zanzucchi, *Diritto Processuale Civile,* J 4~ ed., 126). A citação tem de ser de todas as pessoas que tenham de sofrer a eficácia da sentença favorável, bem como das que à propositura da ação declaratória deram causa. Se, por exemplo, um clube não admitiu quem queria ser sócio por lhe faltar a nacionalidade brasileira, ou outra, ou por ter outra naclonalidade, têm de ser citados o clube e as pessoas que isso comunicaram ao clube, convindo, no caso, ser citado o Ministério Público competente.35

Na ação declaratória pode haver litisconsórcio (ari 46), assistência (ari *50)* e oposição de terceiro (ari *56).* Não se diga que terceiro não pode propor a ação de oposição: o terceiro pode ser o titular do direito de que resultou ou resultaria a existência ou inexistência da relação jurídica e até mesmo ter interesse em que se diga autêntico ou falso o documento, objeto da ação declaratória. Pense-se, por

exemplo, no avalista ou no endossante ou endossatário de titulo cambiário ou cambiariforme, se a ação é entre o portador do titulo, endossatário e o subscritor, ou entre o endossatário e o endossante. Sempre que pode haver responsabilidade de alguém, essa pessoa pode oferecer oposição; ou, se a situação jurídica não é diferente da de quem está litigando, o litisconsórcio. Se A propõe a ação declaratória contra B, sobre a existência ou inexistência da relação jurídica, ou sobre autenticidade ou inautenticidade do documento, e C é que estaria na situação jurídica como autor ou como réu, pode opor-se. Se na situação jurídica ele estaria como está A ou como está B, pode litisconsorciar-se.

Se, na ação declaratória, o demandado é pessoa que praticou o ato por ordem, ou em cumprimento de instruções de outrem, pode nomear à autoria (arts. 62-69). Pode acontecer o mesmo quanto à denunciação da lide, se algum dos pressupostos do ari 70 ocorre. Se bem que se fale, nos textos, de proprietário ou de possuidor, a afirmação ou negação da relação jurídica, ou da autenticidade ou inautenticidade do documento, pode ser atinente a qualquer direito (ari 70, 1-111).

9. Interesse em declaração A lei processual diz que o interesse do autor pode "limitar-se" à declaração da existência, ou da inexistência de relação jurídica, ou à declaração da autenticidade ou da falsidade de documento.

Além desse interesse em ser declarado o direito, ou mesmo o valor do documento, ou da existência, ou nãoexistência do documento como elemento jurídico, existem quatro outros interesses: o de ser resolvido o litígio pela condenação, o de ser constituída ou transformada a relação jurídica, o de mandamento, o de execução. Donde cinco espécies de ação, que o comum dos processualistas nem sempre distingue como fora mister: *(a)* a ação de condenação, pela qual se pede que, chamado o réu ajuizo, preste o Estado a sentença, dirimindo contenda existente

; *(b)* a ação pela qual se pede ao juiz, agente do Estado, que preste a sua sentença, criando ou transformando interiormente a relação jurídica entre as partes, quer dizer, mantendo cada uma com o seu direito, porém em estado diferente daquele em que se achava, caracteriza as partes de cada interessado, sem que cada interessado saia do seu direito, passando algo de um para outro; *(c)* a ação declaratória, qt~e nada tem de reparativa, mas de nenhum modo se pode considerar sem contenção, uma vez que o Estado, por seu juiz, é chamado a

prestar a sentença, declarando direito que ainda não foi violado, que talvez nunca o seja, e no entanto é possível ser contestado pelo réu, ao responder à petição do autor; *(d)* a ação de mandamento, em que o juiz ordena, sem preponderar o efeito condenatório ou o executório; *(e)* a ação de execução, que se inicia com base em cognição incompleta, ou com base em cognição completa, como a execução de sentença. As ações *(a), (b), (c)* e *(e)* serão tratadas oportunamente.

Aqui, o Código de Processo Civil lança em artigo sobre o interesse, o que não aberra da sistemática do direito processual, a ação declaratória.

Tem-se criticado ao Código de 1973, ari 40 falar de "limitar-se à declaração" como se o limite fosse às ações declarativas. O que se disse foi que o interesse do autor pode limitar-se à declaração. Quer isso dizer: o interesse não foi só de declaração, mas de constitutividade, condenatorie dade, de mandamentariedade, ou de executividade.

A despeito de ser vulgar a ignorância das cargas de eficácia das ações e das sentenças, temos de entende? que o interesse (ari 30) pode restringir-se à declaração (ari 40), que ou consiste na afirmação da existência ou da inexistência de relação jurídica, ou da autenticidade ou falsidade de documento. Se não se limita à declaração (aí, declarativídade preponderante, *5),* pode o interesse ser, *primacialmente,* de constitutividade, ou de condenatoriedade, ou de mandamentalidade, ou de executividade; portanto, com pesos maiores de declarativídade.

Há muitas ações e sentenças com 4 de declarativídade, portanto de eficácia imediata *(e. g.*, ação de interdição, ação do obrigado à preferência, ação de denúncia vazia ou de denúncia cheia, ação de homologação de penhor legal, ação de arresto, ou de busca e apreensão, ação de mandado de segurança, ação de manutenção de posse, cf. *Tratado das Ações,* II, 345- *354);* e muitas ações e sentenças com 3 de declarativídade *(e. g.*, ação de cancelamento do registro de bem de família, ação de suprimento de consentimento de cônjuge, inclusive de ratificação, ação de alimentos provisionais, ação de seqi.iestro, ação de depósito de filhos, ação executiva de sentença, ação de interdito proibitório, ação de petição de herança, ação executiva de títulos extrajudiciais, ação de reintegração de posse, ação de decretação de nulidade, ação constitutiva de curadoria). Em nenhum dos casos acima apontados o pedido se limitou à declarativídade preponderante: outras classes de ações passaram à frente (constitutivas,

condenatórias, mandamentais e executivas).

Não se diga que o interesse na declaração há de consistir, pelo menos, em dúvida do autor, ou dúvida do demandado. O interesse do autor pode consistir apenas na sentença declaratória: não se pode negar que o autor, a despeito da sua convicção, a legitimação à ação declaratória da relação jurídica, ou mesmo da falsidade.

Se o documento existe e não é falso, o interesse é na declaração de autenticidade. Se o interesse de outrem consiste na nulidade do documento, o que alega, a ação declaratória proposta pelo que obteve o documento não basta para afastar a propositura pela prova opositora de ação de decretação da nulidade. A eficácia da sentença favorável na ação declaratória não preexclui a propositura de ação de nulidade, salvo se o que se argúi como invalidante é o assunto de declaração, como acontece se quem diz ter havido invalidade se baseia em ser incapaz o figurante do negócio jurídico e a sentença é declarativa da capacidade. Dá-se o mesmo se se afirma que o signatário do documento não se pode dizer cônjuge sob o regime da comunhão de bens, pois que é estrangeiro, ou se é de nacionalidade brasileira, e não estrangeira, o que insinuou para não estar sob o regime da separação de bens. E por isso que, a cada momento, pode surgir ação declaratória incidental, pedindo-se que se profira a sentença declaratória do ari 325 que faz coisa julgada (ari 470). Tem-se de prestar atenção ao julgado declaratório, porque o próprio conteúdo pode não ser elemento suficiente do suporte fáctico da regra jurídica que se invoca na ação principal.

A ordem em que devemos pôr as ações para as classificar é a seguinte: *a)* ações declaratórias; *b)* ações constitutivas; *c)* ações condenatórias; *d)* ações mandamentais; *e)* ações executivas.

Mais uma vez lembramos que só se trata de qualificações segundo a eficácia preponderante, dita *força.*

No direito canônico *(e. g.*, cânones 2.223, § 4, e 2.232, § 2Y~ têm-se como *sententiae declaratoriae* também aquelas em que se decreta ter alguém *incorrido* em pena. E evidente que esse conceito de sentença declaratória de modo nenhum é o que se adotou para a classificação tripartida, ou quadripartida, ou qiiinqúipartida das ações: borraria limites entre condenação e declarativiclade. As sentenças criminais entrariam na classe das sentenças declarativas. O conceito

seria perigoso e de nenhum proveito prático, sobre ser sem base lógica e científica. Cair-se-ia no erro de se falar de “declaração da condenação”, de “declaração condenatória”, ou de coisas semelhantes.

O interesse, a que se refere o ari 40 ~ só o de ser declarada a existência ou a inexistência da relação jurídica, ou a autenticidade ou falsidade de documento? Seria isso a razão para se pôr o verbo “limitar-se”, que está no ari. 40

Mas, em vez de “só”, devemos entender “preponderantemente”. O ínteresse que prepondera é o da declaratividade, de modo que há outros, e foi a preponderância do peso declarativo que levou a falar-se de ação declaratória.

(A expressão “limitar-se” que se pôs no ari 40 foi inadequada, salVo se o legislador quis aludir à primeira classe de ações, que é a de declaração. Mas, mesmo assim, ignoraria que há pesos 4 e 3 de declaratividade em outras ações e a própria ação declaratória típica tem outros pesos 4 e 3, que são os de mandamentalidade e de constitutividade. Cf.

Tratado das Ações, Tomo II, 77-79. A mudança do conteúdo é que leva a muitas espécies de ações declarativas.

Quanto aos pesos 4 e 3 de declaratividade nas outras quatro espécies de sentenças, cf. *Tratado das Ações,* Tomo 1, 345, 354 e 35 5-363.)

39A referênciaéao Codexde I9I7eas regras n~o foram literalmenterepetidas no livro’VI do Co *dex* vigente, de 1983.

(a) O que primeiro se tem de considerar, a respeito de ação declara~‘tória, é que existe a *pretensão declarativa (Feststellungsanspruch).* Tal pretensão é a de declaração autoritativa judicial (RudolfPollak, *System,* 8). Não é declaração qualquer, é a do órgão do Estado, que exerce a função jurisdicional; e declaração dele, em prestação jurisdicional, que seja “entregue” em virtude de, pedindo-o o autor, se ter formado entre ele e o Estado e outra pessoa, relação jurídica processual como quaisquer outras.

Mediante a sentença proferida na ação declaratória, nem se pode executar, nem constituir. Nem por ela se pode pedir reconhecimento de obrigação (G. Neumann, *Kommentar,* 4~ ed., 1, 878). Não é meio para se fazer prova. As suas

provas devem existir no momento do pedido. Mas a sentença dá ensejo ao *preceito.*

A ação declaratória nada tem com a classificação das "ações", que é de procedimento, de conhecimento, de execução e de cautelaridade. Ao falar de ação declaratória, está o cientista do direito a classificar, conforme a eficácia das sentenças (força, eficácia imediata e eficácia mediata), razão porque começa pelas ações declaratórias.

Nos procedimentos, abstrai-se dos pesos de eficácia, pois só se põe em classes diferentes os processos de conhecimento, de execução, cautelares e especiais, em quatro Livros distintos.

(b) O que dá a pretensão declarativa (à declaração) é o poder ser posta em pergunta se existe ou não existe determinada relação jurídica; ou se é autêntico ou não-verdadeiro o documento. Essa relação jurídica pode ser de direito material, ou não; basta que se componha a seriedade da interrogação ao juiz. Assim, está claro que a ação declaratória pressupõe a *pretensão à tutela jurídica,* na sua parte que é a de *pretensão à sentença* (e não à execução), e se funda nos requisitos que para o exercício da *pretensão à declaração,* se impõem à *ação declarativa,* cujo remédio jurídico processual é o *processo ordinário.* Por onde se vê que o ari 40 é regra de direito pré-processual, uma vez que cria pretensão e ação.

Se na relação jurídica, cuja declaração de existência se pede, não se acha o autor ou o réu da ação declarativa típica, de modo nenhum se pode admitir a legitimação *ad causam* de tal pessoa. Quanto à legitimação processual passiva, as leis processuais de ordinário apontam espécies em que não há coincidência da legitimação processual passiva com a legitimação *ad causam.* A legitimação *ad causam* é pressuposto do fundamento da demanda, da *procedência da ação,* no sentido exato, que é o da terminologia luso-brasileira e brasileira. A legitimação processual apenas é poder de suscitação ou incoação do processo.

A pretensão à declaração sempre *existiu.* Aparece em qualquer pedido ao juiz; às vezes, até em simples requerimentos. Há mesmo ações declarativas típicas, fora do ari 4o~ o que não havia era o reconhecimento da pretensão à declaração "em geral", fora dos casos clássicos. (Tem-se aí um dos exemplos da existência do direito objetivo, tal como resulta do sistema jurídico, com os seus princípios,

sem o terem revel~ido em toda a sua plenitude os juristas e juizes. Noutros termos: um dos exemplos de poder existir regra jurídica sem que, no momento, a vejam os juristas e juizes, de modo que só posteriormente a apontem ainda no passado os juristas e juizes. Foi a cegueira dos homens do século passado e deste que não percebia no sistema jurídico brasileiro a ação declarativa, *que existia no sistema jurídico brasileiro ejá existia no sistema luso-brasileiro.)* Exemplo de ação declarativa, que no velho direito já se soia propor, era a que tinha o sucessor do fideicomisso (fideicomissário) ou do morgado, se o fiduciário ou o atual administrador sejactava de serem livres do vínculo os bens, ou se procedia como se não houvesse fideicomisso, ou morgado (Manoel de Almeida e Souza, *Tratado Prático de Morgados*, 3~ ed., 222). Já havia um direito, que se declara (cuja relação jurídica se declarava), embora o chamassem, pitorescamente, "direito de futuro".

Sempre que alguém *declara,* testemunhando, ou depondo, ou comunicando a autoridade, ou funcionário público, que na afirmação se tenha de basear para registrar, computar, contar, ou cancelar, ou para outra operação positiva ou negativa, o ato, que pratica, é *jurídico,* se bem que se cinja à declaração do que se comunica, conforme percepção concreta. Se é falso o que se declarou, há a falsidade, alegável pelos interessados, e como conteúdo de retratação, por erro de fato, dolo de outrem, ou violência. A decisão que diz ser falsa a afirmação positiva ou negativa é declaratória; quase sempre embutida em ação constitutiva negativa: *e. g.,* ação de falsidade de escritura pública; ou com eficácia imediata constitutiva negativa, *e. g.,* ação incidental de falsidade de documento.

(c) A condição, o termo, a eventualidade, a futuridade assente da relação jurídica não obstam ao pedido de declaração. Obsta a simples esperança (G. Neumann, *Kommentar,* 1, 881). Relação jurídica, e não regra de lei, ou de direito costumeiro, ou estrangeiro, ou uso e costume, ou uso comercial. Posso pedir que se declare a existência de determinada relação jurídica porque o direito costumeiro a determinou, ou, havendo tal uso comercial, a declaração de vontade foi suficiente; porém não pedir que o juiz declare esse direito costumeiro ou esse uso (Rudolf Pollak, *System,* 9).

Quando, em observância de regra jurídica que exige a prova do teor e da vigência de direito estrangeiro, ou interno, ou consuetudinário, não tendo o juiz dispensado a prova do direito estadual, municipal, costumeiro, singular ou estrangeiro, o interessado, que o alegou, lhe faz prova do teor e da vigência, a

decisão do juiz, que o aplica, não contém declaração incidental, porque a alegação e a prova são de regra jurídica, e não de relação jurídica, ou de autenticidade ou falsidade de documento.

O interesse jurídico de declaração estabelece-se desde que alguém afirma, ou nega, a relação jurídica, que outrem tem interesse em negar, ou afirmar porque diz respeito a ele. Não importa se se trata de relação jurídica que não existiu, ou existiu, ou que não vai existir, ou vai existir. Há interesse jurídico em que tenha sido, ou em que não tenha sido, em que vá existir, ou não vá existir, como em que exista agora, ou não exista. O interesse jurídico pode ser concernente a qualquer relação jurídica, em qualquer momento da dimensão do tempo ou do lugar. Mas é preciso que *algo* exista que a determinou, desde agora.

À pretensão prescrita é suscetível de ser declarada a existência: a sua eficácia está peremptoriamente encoberta; mas a pretensão existe, e o Código de Processo Civil, ari 40 somente exige que se afirme e se discuta, na ação declaratória, a existência da relação jurídica. Procurou Konrad Hellwig *(Anspruch und Klagrecht,* 405) sustentar o contrário; mas sem razão: para ele, o exercício da exceção excluiria a ação declaratória. Ora, tal conclusão tornaria a exceção causa de extinção, o que deturparia o próprio conceito de exceção. Também pode ser objeto de ação declaratória a existência ou não- existência das relações jurídicas de que nascem exceções, *e. g.,* a prescrição, a interrupção da prescrição, a suspensão da prescrição, a inexistência da prescrição, ou de condição suspensiva, ou termo suspensivo, ou outro fato, que obste a ela.

As relações jurídicas que são de mister para que exista a pretensão à tutela jurídica, ou pressuposto processual, são suscetíveis de declaração. No despacho que se satisfaz com a invocação de qualquer dessas relações jurídicas há, implícita, a declaração de existência.

Em principio, a relação jurídica deve ser existente no momento em que se pede a declaração, ou há de ser negada em sua existência a esse momento. A relação jurídica futura, por ainda não estar composto o suporte fáctico do fato jurídico de que se irradiaria, não pode desde já ser declarada. Exemplo tem-se na herança de pessoa viva, porque só se pode falar, ai, de herança em termos do mundo fáctico e linguagem vulgar não há herança de quem ainda não morreu. Se alguma relação jurídica já está determinada e a relação jurídica, que se quer declarada, é efeito dela, só dependente de acontecimento incerto ou certo, a declaração dessa

é declaração daquela em sua irradiação no tempo.

Se já se iniciou a formação da relação jurídica, não mais é futura, no sentido de não ser ainda declarável.

Quanto à relação juridicajá não existente, pode haver interesse em que se declare ainda que não mais exista ação que dela haja resultado (sem razão, Adolf Schõnke, *Lehrbuch,* 7~ ed., 173).

O interesse na declaração pode ser suficiente para a propositura da ação declarativa, que tem a sentença com a força (= eficácia 5) de declaratividade; ou apenas consistir, em que em determinada ação, se há de interessar o autor em que previamente se declare a existência, ou a inexistência da relação jurídica, o que faz a sentença ter apenas 3 de declaratividade. Pense-se nas ações condenatórias, nas constitutivas, nas mandamentais e nas ações executivas, em que o 3 de declaratividade aparece. Muitas são as ações de eficácia declarativa imediata (4), o que bem se aprecia lendo-se o que está no *Tratado das Ações,* Tomo II, 345-353.

A declaração pode ser objeto de reconvenção. Nessa ação, que é contra-ação, pede-se que se declare aquilo que o demandado alega contra o autor.

Se se cumula com a ação declaratória outra ação, é preciso que haja compatibilidade entre os pedidos, que o juízo seja competente para deles conhecer e que seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento (ari 292, ~

1º, 1- III), ou, se diversos os tipos, o procedimento ordinário (ari 292, * 20). A ação declaratória tem 5 de declaratividade, de modo que, com a decisão declaratória, a da outra ação já recebe o elemento de declaratividade que lhe corresponde *(e. g.,* 4 ou 3). Todavia, pode acontecer que, em caso de cumulação, venha a transitar em julgado a sentença que concerne à ação de declaração, porém a outra, a que se juntou o peso declarativo imediato ou mediato, não chegue a *res iudicata.* O peso envolvente, a força eficacial, não persistiu, e com ele desapareceu o que da outra decisão se importara.

Os escritores que põem a ação executiva como remédio jurídico processual preventivo, quer se refiram à prevenção de litígios, quer de prevenção de

infração de direito, erraram palmarmente. O interesse está em que se declare a existência ou a inexistência de relação jurídica, ou a autenticidade ou falsidade de documento, de modo que o que se *previne* é objeto de outro interesse, razão por que, se de algum modo a ele se refere o demandante, não é assunto para o julgado da ação declaratória. A coisa julgada da sentença, que nela se profira, é que levará a eficácia para alguma ação posterior. No Código de 1973, acertadamente se pôs o ari 40 parágrafo único, que estatui ser de admitir-se a ação declaratória ainda que tenha ocorrido a violação do direito. Sejá está proposta a ação declaratória, dá-se a suspensão do processo de outra ação cujo julgamento depende da sentença naquela (ari 265, IV). Não se pense, aí, em litispendência.

10. Existência e inexistência da relação jurídica As expressões *existência ou inexistência de relação jurídica* ai estão no mais largo sentido. Relação jurídica não tem apenas duas maneiras de ser: a do existir sem jaça ou mescla e a do não-existir; porque não há relação jurídica absoluta. Todos os direitos são relativos. Uns mais, outros menos.

Os próprios direitos absolutos, tais como os quer a terminologia tradicional, apenas são menos relativos do que os outros. A declaração da existência da relação jurídica de condomínio, por exemplo, escalona-se desde a existência da pluralidade de sujeitos de direito de propriedade sobre a coisa pro *indiviso* até a existência de simples cláusula contratual ou testamentária concernente à administração do condomínio. A declaração de não-existência, inclusive a da falsidade de documento, que é declaração de inexistência, é o que se colima com a *ação declaratória.*

Onde quer que se tenha de avivar a linha divisória entre o fazer e o omitir de alguém e o fazer e o omitir do autor, ai pode estar o seu interesse na propositura de ação que declare a existência ou inexistência de relação jurídica. Isso mostra que o legislador não se referiu somente a categoria jurídica, a que corresponde a relação jurídica típica, e sim a quaisquer filetes da relação jurídica ou categoria, a que, por brevidade, chamou “relação jurídica”. O duplo sentido não é estranho ao direito. No pátrio poder, a relação jurídica, no sentido de categoria, é o conjunto de deveres entre o pai ou a mãe e o filho. Porém cada um dos direitos, por mínimo que seja, tem o dever correlato: entre os dois pólos (direito, dever) há a ligação, que é relação jurídica. Rigorosamente, o mundo social é composto dessas relações jurídicas por bem dizer atômicas, com que se tecem os laços

sociais regidos pela lei ou por ela feitos, e as categorias, mais moleculares, correspondem ao esforço do pensamento humano para meter em quadros fixos as séries, ou sequências, ou grupos, que costumam aparecer na contextura do mundo social. O menor, ou o pai, ou a mãe, pode ter interesse na declaração, não só incidental, de qualquer uma dessas relações jurídicas filetes.

O que se pode declarar tanto pode concemir à relação jurídica, nascida ou a nascer, de direito, ou de pretensão, ou de ação, como também a despeito das expressões “existência” e inexistência”, que se pensaria afastarem a

“existência dos efeitos” ou a “inexistência dos efeitos” a eficácia da relação jurídica. Se, evidentemente, em ação declarativa, não se pode pedir desconstituição, ou constituição, e seria erradissimo propor-se ação declaratória para se decretar nulidade, nada obsta a que se use da ação declaratória para declaração de exceção, de prescrição, de preclusão. Quanto à nulidade, somente se pode pedir declaração se não mais depende de decretação, porque, aí, nada mais é, o nulo não mais está no mundo jurídico.

Quanto à interpretação de cláusula negocial, inclusive de cláusula testamentária, que negocial é, o que é preciso é que a investigação resulte da necessidade de se ter de afirmar ou de negar que existe, ou não existe, ou vai existir, ou não vai existir relação jurídica, ou mesmo autenticidade ou falsidade de documento. Pode até acontecer que se haja perdido o registro de casamento e se inicie ação declaratória da existência do casamento. Também pode dar-se que haja dúvida sobre a espécie da relação jurídica, devido à natureza do negócio jurídico, ou mesmo sobre negócio jurídico cambiário ou cambiariforme. Terceiro interessado pode pedir a declaração da existência da relação jurídica de compra-e-venda, como o pode o figurante se algum terceiro interessado nega a sua existência, ou a sua eficácia.

(Quanto à validade ou invalidade, a ação é constitutiva, porque, sempre que se tem de decretar, não basta declarar.

O elemento declarativo não é preponderante.) Também foi errado acórdão que declarou inexistência de relação por ter havido simulação na venda de imóvel.

Pode-se declarar que uma cláusula contratual, ou mesmo um texto de simples manifestação unilateral de vontade, não mais persiste (deixou de existir) porque

alguma lei lhe retirou a eficácia *ex nunc.*

A declaração de existência ou de inexistência pode ser da relação jurídica, ou da sua eficácia total, ou parcial, e até mesmo de quando começa e até onde vai. Se a relação jurídica está ligada a termo ou condição, dizer-se quando se inicia ou quando se extingue é declarar. Pode-se declarar propriedade, direito real limitado, ou posse; porém não invalidade de titulo. Na ação declaratória só se pode dizer que título existe, ou não existe; quanto ao documento, se é autêntico, ou se o não é.

Pode-se declarar a existência ou a eficácia de casamento, mesmo se putativo, ou a sua eficácia; não, ser inválido ou válido. Ato jurídico, qualquer que seja, que teve a sua existência declarada, não está imune à ação desconstitutiva (invalidade). Escritores e acórdãos têm cometido graves erros em não terem à vista que se declara existência e eficácia, porém não validade ou invalidade.

A declaração da existência e da eficácia da relação jurídica pode ser atinente ao que ocorre, ou deixou de ocorrer, ou não ocorreu no passado. Dá-se o mesmo a respeito de relação jurídica futura, quer para lhe declarar a existência, quer para negá-la.

A relação jurídica pode ser entre uma pessoa e outra pessoa, ou entre uma pessoa e duas ou mais, ou entre duas ou mais pessoas e outra ou outras pessoas, o que se dá com os direitos pessoais; ou entre uma, duas ou mais pessoas (condôminos, compossuidores) e o público (direitos reais), porque, aí, os direitos são *erga omnes.* Dizer-se que, em tal espécie a relação jurídica é entre pessoa e coisa, orça pelo absurdo.

A relação jurídica pode ser relativa a futura eficácia do negócio jurídico, ou sobre não haver, no caso, eficácia futura. Não seria de acolher-se a afirmativa de que nunca pode haver referência a relação jurídica futura, pois a existência (ou inexistência) de uma relação jurídica pode bastar a que se saiba que pode haver relação jurídica futura. Pode pedir a declaração da relação jurídica, *e. g.*, entre a alienação e o direito de retrovenda, ou entre os contraentes que estabeleceram direito de opção.

Quando se propõe *ação declarativa negativa*, preliminarmente se nega o que outrem *afirma.* Não se tire dai que se trate de ação provocatória. De modo

nenhum. Porém não se pode elidir o que é elemento necessário da *ação declarativa negativa,* a afirmação da existência da relação jurídica, por parte de outrem, que se tem por falsa e o autor postula ser falsa. Ou *a)* se entende que essa afirmação falsa entrou no mundo jurídico, como ato-fato jurídico, de que nascem ao prejudicado por ela direito, pretensão e ação de declaração negativa; ou *b)* se admite que tudo se passa no plano pré-processual, como criação do direito público. A proposição *a)* é que é verdadeira.

Uma das consequências de se ter por existente pretensão à declaração negativa está em que, exigido de alguém, que afirma a existência, que faça declaração negativa, tem, não no fazendo, de responder pelos danos.

Desde que no que se quer seja declarado, há relação jurídica, ou poderia haver, e se nega, ou afirma, cabe a ação declarativa. (Aqui, ao falarmos de ação declarativa, só nos referimos à ação declarativa típica: há outras ações declarativas que correspondem a relações jurídicas especiais e excepcionalmente têm objeto que não é relação jurídica.) As relações jurídicas *(e)* são, necessariamente, irradiações de fatos jurídicos *(d)* e em todos os fatos jurídicos há fatos puros, *(c)* que compõem ou entram na composição do suporte fáctico *(b)* da regra jurídica *(a).*

Mas o que se quer seja declarado e se pode declarar, na sentença que se profere segundo o ari 40, é *(e)* e não *(d)'*

(c), (b) ou *(a).* Às vezes, nos julgados, se diz declarar-se *(d),* ou declarar-se o direito, a pretensão, a ação, ou a exceção, mas ao direito, à pretensão, à ação ou à exceção, corresponde relação jurídica, necessariamente, e é isso o que se declara. Os autores de ações declaratórias não raro pedem declaração de *(d),* e são repelidos; outras vezes, de *(c),* e as decisões frisam o erro no pedido *(e. g.,* 3~

Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 9 de outubro de 1947, *R. dos T.,* 171, 684; 4~ Câmara Civil, 19

de agosto de 1948, 176, 743). É aconselhável, quando se pede a declaração de *(d),* que o juiz busque, nas postulações ou na discussão posterior, salvar a ação, descobrindo qual a relação jurídica, resultante de *(d),* cuja existência se controverteu. Dificilmente se pede declaração de fato jurídico sem implicitamente se haver aludido a relação jurídica, como acontece com quem

pede a declaração da maioridade por ter o pai procedido como se ainda houvesse de assistir ao filho.

A ação declarativa típica há de ter por fito declarar existência ou inexistência de relação jurídica, quer esteja em causa direito, ou pretensão, ou dever, ou obrigação, quer ação ou exceção. Não pode declarar relação puramente fáctica (cf. 3~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 9 de outubro de 1947), salvas a posse e a situação publicística de posseiro de terras do Estado. A declaração de falsidade ou autenticidade de documentos é exceção só aparente ao principio de que se não declara mero fato. Baseada no texto acima, o Juízo de Direito da 1 O~ Vara Cível do Estado da Guanabara, a 8 de junho de 1961 *(D. dai.,* de 20 de junho), decidiu, em duas ações: "O que a autora intenta n~o é a declaração de inexistência de relação jurídica, mas da inexistência de necessidade para a retomada, o que implica a consideração de matéria nitidamente de fato, envolvendo, inclusive, a possibilidade de utilização do imóvel pelo modo alegado na notificação e a situação da retomante quanto à premência, ou não, da mudança da instalação de sua seção de penhores."

O Código refere-se à existência ou inexistência de direito. Entenda-se: de direito, de pretensão e de ação, ou de direito e pretensão, ou só de direito. Em todas essas espécies há relação jurídica. Se há em condição não há em termo, pode ser pedida a declaração. Dá-se o mesmo se o direito é expectativo, como acontece com a transmissão fiduciária em segurança, se o fiduciante somente adquiriu sob reserva de domínio, ou se adquiriu sob condição resilitiva. O que os figurantes quiseram foi a transferência, pelo devedor ao credor, do direito expectativo, de modo que só há a vinculação até que se alcance o direito expectado.

Tal direito é possível objeto de ação declaratória. Outro exemplo: se, quanto a bem ou bens herdados, há condição suspensiva, os herdeiros do beneficiado, que morreu *pendente condicione,* não herdam a coisa: podem herdar o direito expectativo. Se se trata de termo inicial, e não de condição suspensa, há direito adquirido à coisa; o que está suspenso é o exercício, não a aquisição do direito. Não se diga, portanto, que não há ação declarativa para o direito expectativo; pode ser declarado tal direito, com as características que tem. Também podem '~r declarados direitos modificativos e direitos extintivos, ainda quando a sua executibilidade dependa de condição ou de termo.

A ação declaratória pode ser concernente a direito que existiu, mas foi extinto,

como se A propõe ação de declaração da sua relação conjugal em ano anterior, por ter morrido o outro cônjuge, ou ter sido dissolvida a sociedade conjugal, ou, se o cônjuge é estrangeiro, de pais que tem o divórcio, foi dissolvido o vinculo conjugal.

Nada obsta a que se proponha ação para se provar que o quadro, a imagem ou um terreno determinado era de propriedade ou de posse do autor, ou que não era, naquele tempo, da propriedade ou posse do réu.

No conceito de relação jurídica declarável não está apenas a estrutura abstrata da relação jurídica *(e. g.,* locação, compra-e-venda), está tudo que com ela existe e só existe devido a ela. Declara-se a relação jurídica de domínio, mas pode-se pedir também que se declare que o domínio não sofre a limitação *a,* ou a restrição *b.* Por outro lado, a pretensão derivada de relação jurídica divisível pode ser objeto de ação declarativa parcial (AdolfSchõnke, *Lehrbuch,* 7~ ed., 172). O que se não admite são pedidos de declaração de deveres, direitos, pretensões, obrigações, ações ou exceções em geral, como o direito dos trabalhadores a aumento de salários; ter-se-ia de referir alguma relação jurídica (em que estivesse o trabalhador A), ou algumas relações jurídicas (em que estivessem os trabalhadores A, B e C), ou todos os trabalhadores da subclasse A. Pode-se pedir a declaração de ser de locação ou de comodato a relação jurídica cuja existência não se discute, ou, em geral, qual a espécie da relação jurídica concreta que se sabe que existe.

Há ação declarativa para declarar-se, positiva ou negativamente, a existência de relação jurídica, quer de direito privado, quer de direito público, quer de direito de personalidade, quer de direito de família, das coisas, das obrigações ou das sucessões, civis ou comerciais. Exemplo:

relação de direito ao nome, de direito de alimentos, de direito matrimonial (como se certa pessoa é casada ou não, 1ª Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, *5* de agosto de 1946, R. *dos T.,* 164, 303). As relações jurídicas de direito de vizinhança e quaisquer relações jurídicas resultantes de limitações ou restrições ao direito de propriedade podem ser

objeto de ação declarativa (para as limitações, 3~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 12 de maio de 1947, *R. dos T,* 169, 127). A eficácia ou ineficácia da dívida ou o encobrimento da eficácia por alguma exceção é

apurável em ação declarativa *(e. g.*, quanto à prescrição, ~a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 8 de agosto de 1947, *R. dos T.*, 170, 202). A decisão do juízo da 6~ Vara Cível do Distrito Federal, que se inseriu em *R.*

F., 108, 114, e o voto publicado em *65*, 405, no sentido de não se admitir ação declaratória de relação jurídica dominical são de repelir-se, radicalmente. Nem se discute, em doutrina, o cabimento *(e. g.*, recentemente, Leo Rosenberg, *Lehrbuch*, ~a ed., 369, AdolfSchõnke, *Lehrbuch*, 7~ ed., 171; Arthur Nikisch, *Zivilprozessrecht*, 2~'

ed., 151 s.; Wolfgang Bemhardt, *Grundriss*, 2~ ed., 95).

A ação declaratória pode consistir em apreciação de relação jurídica que existiu e não mais existe, como de relação jurídica que existe no momento da propositura da ação ou que não existe, ou de relação jurídica futura, que vai existir ou que não vai existir. Um dos casos de relação jurídica do passado é o de existir e ter-se dado compensação, ou adimplemento total, ou parcial, ou ruim. Nada obsta a que se proponha ação declaratória de relação jurídica de direito já extinto. O que importa é que haja interesse e legitimidade. O interesse pode só consistir em que se declare que existiu e deixou de existir, ou que nunca existiu. Pense-se, como um dos casos maís sutis, na declaração de que o homem A não reconheceu como filho C, que era filho de uma mulher B.

Não se pode pedir, com ação declaratória, que se meça o tamanho de um terreno, ou a qualidade de uma jóia. Não se diga, porém, que, sendo o terreno de extensão *a* e *b*, o haja o dono vendido a alguém, com a mesma situação e as extensões, e antes, em pré-contrato, se tenha vinculado a outra pessoa. Trata-se de existência de relações jurídicas, e não há incidência de regras jurídicas sem que se haja composto suporte fáctico e que do fato de incidirem se irradiam efeitos que levaram às relações jurídicas.

As relações jurídicas cuja existência ou inexistência se pode declarar em sentença são quaisquer relações jurídicas, sejam de direito privado, sejam de direito público interno (constitucional ou legal), sejam de direito internacional privado, ou de direito internacional penal ou administrativo, sejam de Direito das gentes. Seria absurdo que não se pudesse declarar a existência ou a inexistência de relação jurídica de direito tributário ou fiscal, bem como a autenticidade ou a falsidade de algum documento pertencente a tal ramo de direito. Não se

confunda, também aí com a existência, a eficácia e validade. É de grave ignorância chegar-se a esse ponto.

Sempre que alguma lei exige depósito ou caução para a propositura de ação, tem-se de entender, sem exceção, que tal regra jurídica não atinge nem pode atingir a ação declarativa. A despeito da errada terminologia (“anulação”, em vez de “declaração de inexistência”), o Supremo Tribunal Federal, a 22 de setembro de 1959 *(D. da J.*, 8 de janeiro de 1962).

Nos doutrinadores, as confusões, as divergências e as errôneas quase sempre procedem de conceituarem a ação, sem distinguirem a ação, no sentido de direito material, que vem após o direito e a pretensão, e a “ação”, no sentido de direito processual *(e. g.*, ação de cognição, ação ordinária, ação executiva, que, aí, é remédio jurídico processual, e não ação, no sentido do direito material, assunto do nosso *Tratado das Ações).* A despeito de se ter chegado à discriminação das ações em ações declaratórias, constitutivas, condenatórias, mandamentais e executivas, e ter-se sublinhado que há relação juridica entre quem tem interesse em que seja declarada a existência ou a inexistência de alguma relação jurídica, ainda persistem os erros dos que não vêem na ação declaratória ação de direito material.

Tanto há interesse de que se declare a existência ou a inexistência de relação jurídica, por parte de A, se B nega direito, pretensão ou ação, ou mesmo exceção de A, quanto se B deixa de adimplir, ou invade terreno, ou pratica qualquer ato ilícito. É preciso que se tenha atendido à existência de promessa de tutela jurídica, à de relação de direito material, que se afirma ou se nega, e à pretensão processual. A promessa de proteção feita pelo Estado não podia ser apenas para proteger direitos existentes, pretensões existentes e ações existentes, tinha de ser para proteger contra afirmativas negativas, de existência de direito, de pretensão e de ação. Quando alguém propõe ação de condenação e o juiz decide que não há o direito, a pretensão e a ação, ou só a ação, porque prescrevera, não se pode cair no absurdo de se dizer que repeliu a concepção da ação declaratória de direito material. Contra qualquer afirmativa falsa, ou negativa falsa, tem o Homem a pretensão à tutela jurídica, o direito material e a ação para a declaração negativa, como teria para a declaração positiva.

Pode ser proposta ação declarativa para se afirmar a existência, ou a inexistência, de qualquer relação jurídica, inclusive quanto a efeitos no tocante a terceiro, ou a

terceiros *(e. g.,* ineficácia de contrato de compra-e-venda perante terceiros, cf. 1a Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, 2 de junho de 1961, *1.*, 1961, 414).

Não assim quando o que se pede é a decretação de nulidade, ou de anulabilidade, ou de rescindibilidade, porque, se há invalidade, ou rescindibilidade, o que se pede é a desconstituição (cf. 2~ Câmara Cível, 1 de agosto de 1960, *J.*, 1962, 187). Idem, quanto

ao ter, ou não, havido violação de contrato de que possa resultar, ou haja resultado, resolução ou resilição de contrato (cf. 6a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 5 de dezembro de 1960, *R. E.,* 199, 183).

O fiador pode exonerar-se da fiança, a que se vinculou sem tempo determinado, ou por ato amigável, ou em virtude de sentença (cf. *Tratado de Direito Privado,* XLIX, § 4.798,4). O ato amigável é de reconhecimento, pelo credor, ou dele e do devedor, do direito de fiador a exonerar-se. Se tal direito não havia, o que houve foi *distrato.* A alusão à sentença supõe que tenha havido a propositura da ação, porém não se há de abstrair da espécie de sentença que se pede: se já ocorreu o que seria causa suficiente para a extinção, há declaratividade; se não ocorreu, a eficácia sentencial preponderante é constitutiva negativa. Não distinguiu as espécies a 3a Câmara do Tribunal de Alçada de São Paulo, a 30 de junho de 1961 *(R. dos T.,* 223, 496).

As ações declarativas da existência de relação jurídica são as que mais se propõem. Tal relação jurídica pode ser apenas a que corresponde ao direito, como se ainda não há a pretensão, ou a ação, ou mesmo se a tal direito não corresponde ação. Há direitos sem ação. Pode ser concernente a declaração do direito e da pretensão, ou à do direito, da pretensão e da ação; e até mesmo só da ação, porque há relações jurídicas que só se ligam à ação.

Na ação declarativa não se pede a interpretação de cláusula contratual (l~ Câmara do Tribunal de Alçada de São Paulo, 10 de junho de 1963, *R. dos T.,* 357), ou de testo de lei; pede-se a declaração da existência ou inexistência da relação jurídica. É preciso, porém, que o interesse do autor não seja reduzido a controvérsia, a dúvida só vencível por ação e sentença, o que tem aparecido em

alguns acórdãos *(e. g.,* 5a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 21 de julho de 1961, *R. dos T,* 320, 229).

Pode-se pedir a declaração de preclusão, ou de prescrição (j~ Câmara do Tribunal de Alçada de São Paulo, 15 de março de 1962, *R. dos T.,* 331, 351). Se não foi pedida a declaração da prescrição, não pode o juiz entrar em tal matéria, porque a prescrição depende, *em princípio,* da *exceptio.*

Na Justiça do Trabalho, é indiscutível poder-se propor ação declarativa (Tribunal Regional do Trabalho da ía Região, 3 de janeiro de 1962, *R. dos T.,* 322, 666, e 27 de janeiro de 1963).

O Tribunal Federal de Recursos, a 23 de agosto de 1963 *(D. da J.,* de 4 de junho de 1965), entendeu que, lavrado o auto de infração, já não é possível ao contribuinte usar da ação declarativa para obstar à apuração do débito. Mas, com tal generalidade, a decisão deixaria de fora a tutela jurídica dos que foram vítimas de autos de infração por autoridade incompetente, ou lavrados com falsas assinaturas.

Quando à falsidade de documento, quando a ação se refere à *assinatura,* tem-se de atender a que se alude a correspondência entre a assinatura

e o documento, em seu conteúdo. Se há essa ligação, a declaração da falsidade da assinatura implica declaração da falsidade do negócio jurídico ou do ato jurídico *stricto sensu* (cf. 2a Turma do Supremo Tribunal Federal, 16 de abril de 1963, *D. da J.,* de 20 de junho, 433).

A ação declarativa pode ser relativa a qualquer direito, inclusive direito de posse, ou à própria posse, imediata ou mediata, própria ou imprópria. Já se não trata de simples fato, porque se pôs a posse no mundo jurídico (cp. ia Turma do Supremo Tribunal Federal, 4 de julho de 1962, *R. dos T.,* 348, 583).

Prazos de prescrição e prazos de preclusão podem ser objeto de ação declarativa (AdolfSchõnke, *Lehrbuch,* 7~ ed., 173), desde que se refiram a relação jurídica concreta: o que se vai declarar é essa relação jurídica, tal como é (ou não mais), e tal como está.

São relações jurídicas declaráveis *quaisquer* relações jurídicas: relações jurídicas

matrimoniais, parentais, de tutoria e curadoria, de pátrio poder, qualidade de herdeiro de pessoa morta, relação jurídica de trabalho, ou de sociedade, ou de participação em lucros, quaisquer relações jurídicas de obrigação, relação jurídica correspondente a direito ou dever de nome, à firma ou nome comercial, ao domínio e outros direitos reais, posse, propriedade intelectual, direitos em bens imateriais, propriedade industrial, direito à denúncia (cf. Arthur Nikisch, *Zivilprozessrecht,* 2~ ed., 152), à resolução, à resilição ou à rescisão e, em geral, quaisquer direitos formativos, ou geradores, ou modificativos ou extintivos, e quaisquer direitos expectativos, relações jurídicas oriundas de direito de personalidade, ou correspondentes a esses direitos.

Somente há relações jurídicas entre pessoas; e o falar-se de relações jurídicas *com a coisa* foi velhissimo erro de juristas, que denunciamos *(Tratado de Direito Privado,* 1, §§ 39 e 43; II, §§ 113, 2 e 114, 1; VII,

§§727,734,1,736,1, 737, 1,e 743; X, § 1.059, 2;XI, § 1.162,6; etc.) A ação declarativa sempre produz coisa julgada; a coisa julgada é de eficácia só entre partes. Dai se há de concluir que só o procedimento edital pode estender a força sentencial às demais pessoas. Cabe ação declarativa quanto à existência ou à eficácia, ou à existência e à eficácia, positiva ou negativa-mente, de cláusula de juízo arbitral (Leo Rosenberg, *Lehrbuch,* 5a ed., 370), sobre o direito expectativo do fideicomissário, sobre a relação jurídica tal como foi declarada em sentença de declaração (ou em de embargos de declaração, *Reichsgericht,* 82, 164), sobre executividade ou não-executividade de titulo ou qualquer eficácia de divida.

A respeito convém advertir-se em que a preclusão do prazo para os embargos de declaração, quer na primeira instância, quer em superior instância, de modo nenhum atinge a ação de declaração da relação jurídica que foi objeto de força ou eficácia declarativa de sentença. Porque, então, o que se quer declarado é a relação jurídica, e não a sentença.

Relações jurídicas de direito processual são suscetíveis de declaração, conforme o ari 40, se não é necessário que somente no correr do procedimento (= dentro da relação jurídica processual) tal declaração se possa dar. São exemplos de ação declarativa de relações jurídicas processuais a ação do credor que pede declaração de haver proposto ação contra o devedor insolvente, alegando preferência, ou com título de divida, certa e liquida (Adolf Schõnke, *Lehrbuch,* 7~ ed., 172) e as ações declarativas de que foi assinado o auto de arrematação e

de que pende ação de nulidade da arrematação, nos casos em que não possa ser produzida, tempestivamente, a certidão do escrivão .

A existência de execução forçada entre devedor comum e credor pode ser objeto de ação declaratória ejá o autor ingressa no concurso de credores com tal prova; bem assim a de estar insolvente o devedor, porque a insolvência cria a relação jurídica de admissão a concurso.

Alguns autores e julgados dizem que a ação declarativa é preventiva *(e. g., 1* a Vara Cível do Distrito Federal, 3 de setembro de 1948, *D. da J.*, de 16 de outubro de 1948, 2764); mas tal afirmação é totalmente falsa: não há qualquer preventividade, ou cautelaridade, na ação declarativa. Nem merecem atenção os que o escrevem sem pensar.

São ações declarativas, de rito especial, a justificação a que se refere a legislação falencial, a declaração de falsidade de documento, de que ela trata, e em geral as justificações que tenham por objeto relação jurídica, ou a falsidade ou a autenticidade do documento ou outra prova.

Nada obsta à ação declarativa positiva já poder o autor propor ação condenatória ou executiva, nem à ação declaratória negativa ter o autor a ação constitutiva negativa por invalidade, ou resolução, ou resilição, ou rescisão.

O domínio e qualquer outro direito real podem ser objeto de ação declaratória, há relação jurídica que se quer afirmar ou negar. A decisão da 2~’ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 30 de março de 1948 *(R.*

dos T., 173, 917), que negou a ação declarativa a quem tinha “o caminho mais largo da ação de condenação”, ofendeu a letra da lei e os mais elementares princípios de julgar. Acertadamente, a 4a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 9 de setembro de 1948 (177, 299), admitiu-a ainda se já pendente ação executiva do ari 585

(cf. Decisão do Juiz da 2~ Vara do Distrito Federal, Aloisio Maria Teixeira, *D. da J.*, de 29 de setembro de 1948, 7472º é indiferente que o autor possa desde logo promover a ação condenatória, porque é direito seu optar por uma delas”).

Se o autor propõe a ação declarativa e já poderia propor a condenatória, nada

obsta a que depois proponha essa. Se propõe a condenatória e, depois, a declarativa, pode ser-lhe oposta a exceção de litispendência.4" Passa-se o mesmo a respeito da ação executiva. Porém a litispendência gera apenas exceção, não pré-elimina ou elimina a outra ação.

Nem obsta à ação declarativa o ter sido apreciada, noutra ação, a relação jurídica,4' salvo se a decisão na ação anterior produz coisa julgada material. Nas ações condenatórias, o elemento declarativo é, de regra, suficiente para produzir coisa julgada material.

Quanto a títulos cambiários e cambiariformes, pode ser pedida a declaração da relação jurídica quanto a qualquer sujeito ativo ou passivo, bem como da preclusão do prazo para a ação. O que pode acontecer é que já se tenha proposto, ou se venha a propor, ação executiva, ou condenatória, ou mesmo mandamental, ou constitutiva negativa, e então têm de ser observadas as regras jurídicas sobre a *modificação da competência,* pela *continência.* Aí, o juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pode ordenar a reunião das ações propostas em separado, a fim de serem decididas simultaneamente (ari lO5). Se correm em separado as ações conexas propostas perante o juiz da mesma competência territorial, houve a prevenção, a favor da ação cuja petição inicial foi despachada em primeiro lugar (ari 106). A sentença trânsita em julgado na ação declaratória tem de ser por qualquer juiz que venha a decidir em outra ação, qualquer que seja a espécie, uma vez que houve a continência. O autor pode ter interesse em que se diga que não há (ou deixou de haver) alguma relação jurídica, ou que há, ou, mesmo, que vai haver.

Dizer-se que, tendo havido alguma violação de direito, pretensão ou ação, não se pode pedir a declaração da relação jurídica, é de repelir-se: o que não pode pedir é que se declare a violação (declarar-se-ia "fato"), mas a relação jurídica, ofendida ou não, existe ou não existe.

Não se pode pedir a declaração de que a lei contém regra jurídica inconstitucional, ou o decreto, ou o regulamento, algo de ilegal. Ai, a Vejam-se, porém, os arts. 104 e 105 e a nota 41, *infra.* 41Art.469,III.

despeito do erro crasso de muitos falarem de declaração de inconstitucionalidade, ou de ilegalidade, o que se quer, como prestação da tutela jurídica, é que se decrete a invalidade. Em acórdão do Supremo Tribunal Federal

fala-se de ação declaratória para “invalidar” lançamento fiscal, mas o erro é de expressão se o que se propôs foi ação declaratória, por exemplo, de não constar de lei algum tributo. Não se invalida em ação declaratória.

Proposta uma ação constitutiva, condenatória, mandamental, ou executiva, não se pode suscitar noutro juízo a declaração. O óbice é a litispeudência. Pode ocorrer que no mesmo processo haja pressuposto para a ação declaratória acidental.

Não se diga que, na ação declaratória, não pode haver reconvenção. E apenas necessário que a reconvenção seja conexa com ela, ou com o fundamento da defesa (ari 315).

O fato de as regras jurídicas fiscais não admitirem a defesa sem estar seguro o juízo, pela penhora, ou o depósito prévio da importância exigida, não deve levar os juizes a tal exigência em se tratando de ação declaratória: não está em causa cobrança de importância, mas apenas declaração da existência *(e. g.*, isenção legal por parte da pessoa) ou da inexistência de relação jurídica. Aliás, não se pense em se tratar de competência do juízo fiscal; está-

se noutro setor. Imaginemos que alguém quisesse sentença sobre decretação de inconstitucionalidade de lei de tributos, ou a declaração de não existir regra jurídica sobre isso, e o juiz fizesse penhora ou se exigisse depósito.

Se alguém propõe ação declaratória da existência de relação jurídica, de que resultaram direito, pretensão e ação, mas ocorrera prescrição, tal alegação há de ser feita na contestação, como parte dela (não como exceção), e surge aí declaração incidental (arts. 109, 325 e 470).

Se a ação declaratória já fora proposta e adveio ação executiva, ou condenatória, ou constitutiva, ou mandamental, cuja decisão depende da declaração, tem-se de atender a que houve litispendência (ari 301, e §§ li’, 20 e 30)•

Dizer-se que a ação declaratória não pode substituir é erro grave de alguns acórdãos.

Não se pode dizer que a ação declaratória tem de ser julgada desfavoravelmente se houve prescrição da ação de direito material. A prescrição somente concerne à

eficácia da ação e não à relação jurídica de que se pede a declaração. Se ojuiz declara a relação jurídica, isso não afasta que se venha a alegar, alhures, a prescrição, salvo se isso também foi declarado. A prescrição pode mesmo sobrevir à declaração da existência da relação jurídica.

Da relação jurídica é que se irradiam o direito, a pretensão e a ação, de modo que não importa qual seja o efeito, ou quais sejam os efeitos, posto que o réu possa pedir a declaração do que resultou ou ainda resulta da regra jurídica.

Qualquer das partes pode pedir a declaração incidental (ari 50) O ari 325 somente cogitou do autor, porque se supõe ter sido contestado o fundamento do pedido (cf. artigo 470). Com a afirmação do autor e os dados da petição (arts. 282-285), já está o réu legitimado a exercer o que o ari 50 permite a qualquer das partes. Tem o réu de pedir a declaração incidente, até a contestação, ou mesmo nela (ari 299). Se alguma circunstância surgiu após a contestação, de modo que aí se produziu a litigiosidade, cabe invocar-se o ari 50 Por exemplo: foi proposta ação de alimentos, com referência à prova da paternidade ou da maternidade, ou de parentesco, mas o réu que não a impugnou na contestação, vem a obter prova contrária. O que se oferecera como prova ficou exposto à arguição de inautenticidade ou falsidade do documento. Se na contestação, ou mesmo antes, se houvesse pedido a declaração, suspenso estaria o processo; idem, se na contestação ou depois.

O réu pode meter a ação declaratória incidental na reconvenção, como o poderia pôr na contestação; porém o que importa é observar-se o ari 50, bem como o ari 470.

A ação declaratória incidental é embutida noutra ação, que pode ser na própria ação reconvencional. Diz-se que se parece com a reconvenção, mas equipará-la a essa é fora dos princípios.

A ação declarativa é proponível para se apurar se o locatário tem a relação jurídica de locação, a despeito de haver morrido o sublocatário (6~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 5 de novembro de 1946).

A ação declarativa não cabe para se interpretar a lei: seria absurdo que se confundisse o seu objeto, que é afirmar ou negar a existência da relação jurídica, com o *dicere ius*, que no sistema jurídico brasileiro só se tem *inciden ter,* ou com

premissa dos julgamentos, ainda na espécie do recurso extraordinário, quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal. Não pode servir para fixar interpretação de lei (3~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 12 de outubro de 1945, *R.* E., 105,516; *OD.*, 42,406), posto que, no declarar a relação jurídica, tenha de interpretar a lei, ou, até, adotar uma dentre duas ou mais interpretações, ou outra, que ao juiz pareça a acertada. Aliás, ao interpretar negócios, ou atos jurídicos *stricto sensu,* passa-se o mesmo, e não se pode dizer, como fez a ~a Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 8 de janeiro de 1946 *(A. 1.*, 77, 301), que, se a interpretação do contrato dá margens a incertezas, cabe, sempre, a ação declaratória. Seria preciso que a interpretação *a* levasse à afirmação de existência ou de inexistência de relação jurídica, ao passo que à negação, a interpretação *b.* Mais absurda ainda foi a decisão da 8~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 7 de agosto de 1946 *(R. E.*, 109, 126), que a admitiu, simplesmente, para interpretação de contrato e permitiu a reconvenção condenatória. E levar-se muito longe a desatenção à natureza da ação (certa, a 3~

Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 24 de abril de 1946, *R. dos T.*, 164,225).

Tampouco é de admitir-se ação declarativa para dizer-se se é válido ou não um contrato, se é nulo ou anulável, ou se é válido ou não, nulo ou anulável negócio jurídico ou ato jurídico *stricto sensa.* A 3a Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 17 de julho de 1946 *(R. dos T.,* 263, 757), conheceu de ação para dizer se era válida, ou não, determinada cláusula contratual, mas tal atitude aberra dos princípios: a ação concernente à invalidade é ação constitutiva negativa, em que se postula ser nulo ou anulável o ato jurídico, e não se confunde de modo nenhum com a ação declaratória. Quem desconstitui não declara, desfaz. Declara-se a existência da relação jurídica ou de sua eficácia. As ações declaratórias são ações no plano da existência ou da eficácia. As ações constitutivas negativas por invalidade supõem qucstáo no plano da validade.

A ação declarativa não cabe para se enunciar que se deu algum fato que não entra no mundo jurídico, desde já, nem é inevitável que entre. Essa é a razão para se não poder por ela dizer, em vida de alguém, que o réu será indigno de suceder, ou será justa a causa de deserdação (1~ Câmara Cível do Tribunal de

Apelação do Rio Grande do Sul, 2 de janeiro de 1946, *R. E.*, 113,455). Se repartição pública certificou um fato e depois o negou, cumpre indagar-se se esse fato, entrando no mundo jurídico, produziu relação jurídica. Se a produziu, é de propor-se a ação declarativa positiva. Se não se produziu, pode propor a ação declarativa negativa quem tenha interesse em tal declaração (não se pode, *a priori*, dizer como disse a 3a Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 24 de outubro de 1945, *R. dos T,* 160, 99: "A ação declaratória não é meio apropriado para se desfazer contradição entre afirmativa constante de certidão fornecida pelo poder público e posterior negativa do fato, por edital, sob alegação de que resultou de erro da repartição", pois é possível, ai, afirmativa ou negativa de relação jurídica).

Na ação declarativa, a postulação há de consistir em afirmação da existência ou da inexistência da relação jurídica, ou da autenticidade ou falsidade do documento. Não pode consistir em consulta, em exposição da própria dúvida, sem afirmação (l~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 18 de março de 1948, *O Diário,* de Belo Horizonte, 5 de maio de 1948: "Deve indicar a solução que deseja").

A eficácia preponderante da sentença declarativa é a de coisa julgada material. A eficácia imediata é a eficácia mandamental, que determina, *de iure condendo,* o principio da cominatoriedade.

Quando se fala de ação declarativa tem-se de atender a que são em grande número, algumas de alta relevância no direito processual civil (cf. *Tratado das Ações,* Tomo II, 77 s.). Mas, além das ações de declarativídade preponderante (5), há as ações de eficácia declarativa imediata (4), em mais de cem, e as de eficácia declarativa mediata (4), que basta à coisa julgada material (Tomo II, 345-363). Não se pode obviar o enorme papel da ação declarativa típica e das outras ações declarativas. Sempre que o peso é 3, pode ser proposta a ação executiva, razão por que as ações condenatórias levam até aí.

11.Documento, autenticidade e falsidade *Documento* é todo objeto suscetível de servir de prova a alguma proposição. Tal sentido é o mesmo que aparece no domínio das ciências. Fala-se de documentos antropológicos, de documentos históricos, de documentos políticos, de documentos jurídicos. De regra, não se procura estender o sentido para além do que concerne ao homem. Na legislação processual, documento é tudo que serve para provar alguma proposição

articulada no processo, ou implícita na sua própria expressão, como acontece quando o juiz manda juntar aos autos a certidão policial de que o autor está usando, no feito, de falso nome. Algumas vezes, no Código de Processo Civil, documento só abrange os instrumentos, os papéis; outras vezes, os documentos e as peças probatórias juntáveis aos autos; outras vezes, os documentos e as peças probatórias que têm de ser arquivadas. É no último sentido que a palavra *documento* se acha no ari 40 II? Posso ter interesse em pedir a declaração da autenticidade ou falsidade da mesa que se diz ter pertencido a Pedro 1, ou da autenticidade ou falsidade dos exemplares de certo livro editado; mas documento, no ari 40 ii, é só o instrumento ou o documento peça probatória, em que alguém pode ser apontado como autor (autenticidade) aparente e real, ou somente real ou somente aparente (falsidade).

Alude-se, pois, a *valor probató rio.* Não importa se tem grande força probatória, como a sentença, a escritura pública, ou menor, como os documentos públicos informativos e os privados.

A ação declaratória no caso de declaração de autenticidade ou falsidade de documento oferece o caso *único* que se conhece (Rudolf Pollak, *System,* 3) de pretensão à tutela jurídica sem ser preciso haver *por trás* da ação processual pretensão de direito material ou, sequer, direito subjetivo material. A ação incidental de falsidade de documento é declarativa acessória, *incidente*.

No ari 40 1, fala-se da declaração da existência ou da inexistência da relação jurídica. Portanto, de qualquer relação jurídica, seja irradiante de direito, de pretensão de ação, de exceção, ou de qualquer outra. Não se cogita de declaração de fato ou de fatos, posto que sejam elementos do suporte fâctico de qualquer regra jurídica. Em princípio, portanto, ficou fora do âmbito do ari 40 1, a pretensão a que se declarem fatos. Contudo, diante da relevância, no direito, dos documentos, o ari 40,11, entrou no setor dos fatos, mas excepcionalmente: o interesse do autor pode limitar-se à declaração da autenticidade ou da falsidade de documento.

Pode ser incidental a ação declaratória e para isso o Código dedicou os arts. 390-395. Quanto à cumulação de ações, é permitida, no mesmo processo, se contra o mesmo réu, ainda que entre os pedidos não haja conexão, e apenas se exige que não haja incompatibilidade entre os pedidos, que seja o mesmo o juízo que deles tenha de conhecer e o tipo de procedimento seja adequado (ari 292, ~ lo), ou se

não é, que o autor impugne o procedimento ordinário (ari 292, ~ 20). A ação declarativa pode ser cumulada com a ação de condenação, sendo, aliás, de notar-se que o elemento declaratório, 3 ou 4, é o que mais acontece com outras ações. Nada obsta que se acumulem, posto que para a condenação haja, em primeiro lugar, a declaração. O juiz que despacha uma delas em primeiro lugar faz prevendo o seu juízo (ari 106). Se a cumulação não foi pedida pelo autor, o juiz, de ofício, ou a requerimento de qualquer das partes, pode ordenar a reunião das ações propostas em separado, a fim de que seja simultânea a decisão (ari 105).

Devido à eficácia preponderante que é a da ação declaratória, não se pode a ela estender o que se estatui, excepcionalmente, para outras ações.

É o que se passa, por exemplo, com as ações declaratórias negativas contra a Fazenda Pública, quando essa se considera credora de tributos. Uma vez que se fala de autenticidade ou de falsidade de documento, supõe-se que tenha havido ato humano que algo possa documentar. Para se chegar à precisão do conceito aí empregado, uma vez que documentar, derivado de *docet*, proveio de deformação de *decet*, que apenas alude a bem comunicar-se, de origem úmbrica e grega, tem-se de saber se nele há fato, ou ato-fato, ou só ato. Não se pode pensar em fato jurídico *stricto sensu*, nem em ato-fato jurídico, posto que possa existir documento referente a fato jurídico, ato-jurídico.

Um filme pode ser prova, que dê ensejo à justificação (ari 861), porém não se pode, somente com a alegação de autenticidade ou de falsidade, propor-se ação de declaração (ari 40, II), mas admita-se que há documento, em sentido mais amplo, no incidente de falsidade (arts. 390-395), que apanha qualquer elemento de prova apresentado em juízo.

No ari 40 II, fala-se de autenticidade, ou falsidade de documento:

“Documento está, ai, em sentido amplo”: por exemplo, escritura pública, escritura particular, carta, gravação, desenho, escultura, cópia fotostática ou xerográfica, gravura, filme.

O documento pode ser autêntico e não serem verdadeiras as declarações nele contidas. As declarações de vontade e de conhecimento podem ser verdadeiras, ou falsas, e não ser autêntico o documento, ou não ser falso. Não está em exame, nas espécies do ari 40 II, a relação jurídica, mas pode acontecer que se

proponham cumuladamente as duas ações, a de autenticidade ou de falsidade do documento e a declarativa da existência da relação jurídica ou a da inexistência da relação jurídica (ari 292 e § 10). Mesmo se não há a ligação, o ari 292 é invocável, se satisfeitos os requisitos do ari 292, § 1~, observado o que exige o ari 292, § 20.

Se houve cumulação das ações declarativas de existência ou inexistência da relação jurídica e de autenticidade ou falsidade de documento, pode dar-se que essa seja de julgamento necessariamente anterior, se tal decisão leva à procedência ou à improcedência daquela.

Se há a ação declaratória de que trata o ari 401 e II, e ocorre cumulação com outra ação que não seja a declaratória que ai se contém, *e. g.*, a de declaração conforme o ari 40 1 ou II, e a de condenação, com a conexão das duas, é conveniente que o juiz as julgue juntamente. O julgamento da ação declaratória de existência ou inexistência da relação jurídica, ou da ação declaratória da autenticidade ou falsidade de documento, se a ela foi cumulada a de condenação, ou de constituição positiva *(e. g.,* de exercício de direito de opção), ou negativa *(e. g.,* de desconstituição de alguma relação jurídica), ou de mandamentalidade, ou de execução, porque a declarativa éque influi no julgamento dessa, primeiro tem de haver decisão dessa, mesmo que seja juntamente o julgamento.

No ari 585, § 1~, diz-se que a propositura de ação de invalidade de débito fiscal (nele se diz “anulatória”) não inibe a Fazenda Pública de promover-lhe a cobrança. A cobrança pode ser em ação condenatória, ou em ação executiva, de modo que havemos de entender que também a ação declaratória de inautenticidade ou de falsidade não é obstáculo.

A ação declaratória do ari 40 não induz litispendência no tocante à ação condenatória ou executiva, posto que haja conexão.

12.Conceito de autenticidade O conceito de *autenticidade* está ai em toda 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 à participação ou co-participação de outrem. Esse outro pode ser o réu ou terceiro. De modo que, falando de autenticidade, o Código de modo nenhum aludiu à autoridade 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 daquela a quem se atribui tê-lo feito. Tal atribuição é que dá conteúdo ao conceito de autenticidade.

A autenticidade consiste em o documento ter provindo de quem o devia assinar, ou lavrá-lo, ou quem teria de representar, assinando-o, sem ser quem se manifestou. Não se poderia reduzir a espécie àquela em que funciona o oficial público *(e. g.,* François Gorphe, *L'Appreciation des Preuves en Justice,* 177). O que é documento e há de ser autêntico, ou é autêntico, ou não no é, ou é falso.

A autenticidade do documento pode existir sem que o sejam as manifestações de vontade, ou de conhecimento, que dele constem; portanto, pode ser inafastável a qualidade de autêntico, que é do documento em si, e haver vícios de manifestações de vontade ou de conhecimento que nele estejam. Tais manifestações podem ser nulas ou anuláveis, como se o signatário é absoluta ou relativamente incapaz, ou se houve dolo, coação, ou simulação, ou fraude.

No ari 369 diz-se que se reputa autêntico o documento, quando o tabelião reconheceu a firma do signatário, declarando que foi aposta em sua presença.

A declaratividade de ser autêntico o documento não se prende à relação jurídica, que há, ou houve, ou vai haver, oriunda do documento. *Háquaestio facti,* mesmo se o juiz tem de examinar se alguma regra jurídica tem de ser observada para a autenticidade ocorrer. Algumas questões podem surgir, como se, na espécie, a lei exige que o documento seja assinado por alguém e alguma ou algumas testemunhas, ou se membro do órgão de alguma entidade de direito público ou de direito privado tem de assinar com outro membro, ou com outros membros. Mas surge um problema dentre outros:

se um dos membros, de acordo com a lei, ou com alguma regra estatutária, assinou, mas o outro que teria de fazê-lo por deliberação de assembléia geral, ou diretoria, ou conselho, se recusou a assinar, ~,pode o interessado propor a ação de declaração da autenticidade quanto a quem assinou, ou a ação de falsidade? A resposta há de ser afirmativa, se há interesse jurídico em que se declare.

A autenticidade ou a falsidade do documento tem de ser assunto de ação declaratória. Não importa qual o conteúdo do documento. O que se repele é que não se tenha como autêntico o que autêntico é, ou que se tenha como autêntico o que é falso, não-autêntico. Surge o problema do reconhecimento da firma do

signatário pelo tabelião que assistiu à assinatura, se a firma, a despeito do reconhecimento, não é autêntica, ou se não o é a assinatura do tabelião reconhecente. Temos de assentar a eficácia do reconhecimento da firma pelo tabelião, porém não podemos deixar incólume aos remédios jurídicos de direito material e de direito processual a firma que foi reconhecida pelo tabelião, se era falsa *(e. g.*, pessoa que se apresentou com o nome de outrem assinou o documento), *a fortiori* se o próprio tabelião, que disse estar presente à aposição da firma, não foi quem assinou o reconhecimento. A eficácia de fé pública não preexclui a verificação do que daria causa a ela, mas, em verdade, não deu. Seria absurdo que não houvesse ação declarativa de que o ato de reconhecimento não foi praticado pelo tabelião, nem mesmo que, a despeito do reconhecimento da firma como de pessoa que tinha estado presente, não se pudesse alegar e provar que não houve autenticidade do signatário. Surge mais um problema: ~,o ato de reconhecimento falso é assunto de ação declaratória, ou de ação condenatória contra o tabelião, civil ou criminal? As duas ações são cabíveis.

"Autêntico", que proveio do grego e do latim, é o que tem autoridade, por se saber de quem proveio. No documento indica-se quem o fez, ou de quem ele emana. O que é inautêntico é falso, ou seja por não ser o que se indica, ou seja porque se falsificou (o que lá estava passou a ser outro). Pense-se em modificação, deformação, decréscimo ou acréscimo, ou substituição. O que não é autêntico falso é; mas pode ser autêntico quanto àassinatura, e não no ser quanto a números, frases, palavras e até sílabas *(e.*

a "nove" se juntou "noventa", ou se apagou a "trezentos mil" o "entos"). Pode acontecer que na escritura particular ou na escritura pública se haja posto nome diverso daquele da pessoa que se menciona como terceiro beneficiado, ou se haja dado como objeto do negócio jurídico bem que não existe. Ai, a ação a ser proposta não é a declarativa, mas a constitutiva

negativa. Dá-se o mesmo se a pessoa assinou em branco o titulo ou documento e outrem o encheu, ainda se há a espécie prevista no Código Penal, ari 299. O exame do ocorrido é de algum fato, aí criminoso, e seria elemento declarativo para sentença condenatória ou desconstitutiva.

Se a ação declaratória de autenticidade ou de falsidade foi proposta, não é isso óbice à propositura de ação condenatória, ou à de ação constitutiva, ou de ação executiva. Não se operou litispendência. O que pode acontecer é que se alegue a

conexão e pois ordenar o juiz a reunião dos processos, a fim de que haja decisões simultâneas (ari 105).

13.Conceito de falsidade Também o conceito de *falsidade* está 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 não o 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 o autor 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.

14.Ação declarativa típica A *ação declarativa típica,* dita *ação declaratória,* entrara em alguns Códigos de Processo locais anteriores, entre os quais o do Distrito Federal (Decreto n0 16.572, de 31 de dezembro de 1924), arts. 576-580, a Lei do Estado de Minas Gerais n0 1 .111, de 19 de outubro de 1929, e o Código de Processo Civil de Mato Grosso, arts. 583-587. A extensão dela a todo o território só se operou, explicitamente, com o Código de Processo Civil de 1939, sem que se possa dizer que não exístía.

Desde o século XVI, teve-se a Escócia; a partir de 1852, as ilhas britânicas tiveram-na; a reforma judiciária de 1

873, extinguindo a distinção entre tribunais de equidade e tribunais de direito comum, reforçou-a; depois, a Alta Corte fez-se competente, por delegação do Parlamento, para declarações vinculatórias de direitos, ainda que não fosse pedida, ou o fosse ou se pudesse pedir condenação. Em 1 893, foi ainda mais longe: admitiu a ação declaratória, ainda para interpretação de documentos. Em 1916, 65% dos processos perante os tribunais da Chancelaria foram ações declaratórias.

Alguns Estados-membros adotaram, nos Estados Unidos da América, formas incompletas, tais como, em 1850, a Califórnia (ação declarativa negativa), Illinois (interpretação dos testamentos). Desde 1918, a American Judicature Society e a American Bar Association propugnavam a adoção da ação

declaratória. Essa, com o propósito de uniformizar as leis estaduais, pediu a completa adoção, o que alguns Estados-m~mbros aceitaram. Outros só o fizeram em leis especiais.

A Alemanha teve-a desde 1877, com a Ordenação Processual Civil (ZPO), revista em 1898, § 256. A Áustria, em 1895 (§ 228 da Ordenação Processual Civil).

Mas a ação declarativa de que aqui falamos é apenas a ação declarativa típica, geral, isto é, para *quaisquer espécies* em que se haja de declarar a existência ou inexistência de relação jurídica, ou a falsidade ou autenticidade de documento. A novidade está mais no enunciado geral do que no objeto: ações declarativas sempre houve, inclusive acidentais: e a declaratividade imediata aparecia frequentes vezes.

A *ação declarativa* a que faz referência especial, a propósito de *interesse necessário,* o ari 40 declara (= faz claro) que existe, ou que não existe direito, pretensão, dever, obrigação, ação ou exceção. Somente não pode ter por objeto fato, inclusive ato, positivo ou negativo, que não entrou, nem vai entrar no mundo jurídico; isto é, que permaneceu, exclusivamente, ao mundo fáctico. A relação jurídica, que se há de declarar, pode ter provindo, ou ter de provir, de negócio jurídico, de ato jurídico *stricto sensu,* de ato-fato jurídico, de fato jurídico, de ato ilícito relativo ou absoluto, ou de fato ilícito. A posição de relação jurídica, no mundo jurídico, é indiferente para o cabimento da ação declaratória. Pode-se pedir a declaração da relação jurídica matrimonial, ou a de alguma relação jurídica oriunda do contrato de casamento, ou da putatividade, como se pode pedir a declaração de relação jurídica cambiária, ou de relação jurídica cambiariforme, ou a declaração de relação jurídica subjacente ou sobrejacente ao negócio jurídico cambiário ou cambiariforme. Quanto à falsidade ou autenticidade de documentos há exceção *só aparente* ao principio, mas também aí se há de exigir o interesse jurídico, que pode consistir em eventual relevância do documento para a existência ou a prova de relação jurídica.

A ação declarativa pode ser proposta para se obter sentença sobre a existência ou sobre a inexistência de qualquer negócio jurídico sobrejacente ou subjacente, ou justacente, ou de qualquer relação jurídica que daquele ou desse resulte, ou possa resultar. Um dos casos típicos é o da ação declaratória para se ter decisão, com

força de coisa julgada, sobre ser o titulo cambiário, ou cambiariforme, ou qualquer titulo, mero *título de favor.*

Na sentença o enunciado que diga ter existido o favor, a *accommodation,* o cômodo, a *Gefãlligkeit,* faz coisa julgada material, para ser oposta na ação executiva, ou outra ação que pretenso credor proponha. Enquanto não se tem sentença trânsita em julgado, rege a espécie a regra jurídica sobre reunião de ações conexas.

15. Sentença em ação declarativa A sentença proferida na ação declarativa não dá ensejo a processo da execução: apenas estabelece a claridade judicial do direito ou da relação jurídica, ou da autenticidade ou falsidade do documento. Tem efeito de preceitação. Passa em julgado. Violada a declaração, aliás infringida pelo réu ou por aquele contra quem é eficaz, pode ser mantida em seu prestigio pela ação condenatória, de preceito cominatório, ou pela ação que corresponda à violação do direito (ação condenatória). No mesmo processo pode *preceitar-se.*

Assim, a expedição do mandado de citação em preceito (preceitação) pode ser nos próprios autos, por ser imediata a carga de mandamentalidade.

A propositura da ação declaratória não impede a da ação para condenação. Quer-se que a dessa impeça a daquela, salvo se o pedido de condenação abrange menos exame pelo juiz do que o pedido de declaração. Se esse é mais do que aquele, continua o interesse na declaração. Para que o pedido de condenação obste, totalmente, ao de declaração, faz-se mister que se dê, em toda a extensão, o *bis in idem.* Se acontecer discrepância entre parte da sentença declaratória e a sentença condenatória, resolver-se-á pelos meios legais (no tocante à eficácia da sentença).42

Em todo caso, o que se deveria fazer, verificado o plus do pedido de declaração, seria ordenar o juiz, ou pedir-lhe alguma das partes, a cumulação. O que não se compadece com o ari 40 é a vedação absoluta, *a prio ri,* de qualquer ação declarativa depois de ajuizado o pedido de condenação. Tantos litígios podem prevenir, tantas causas se têm para se pedir declaração. Um dos litígios, ocorrendo, não obstrui a entrada para a declaração em geral. Essa não tem sido ajurisprudência; mas ajurisprudência não poderia cogitar dessas hipóteses, uma vez que se não haviam apresentado a seu exame.

Pode ser proposta ação declarativa quando a parte contrária já pleiteia pela condenação.

A ação declarativa é cumulável com outras, inclusive com a de condenação.

16. Interesse na declaração O interesse na declaração não precisa ser de direito privado, pode ser de direito público, ou moral, no campo privado ou no campo público *(e.* g., político).

A declaração preexclui qualquer incerteza sobre o que se declara e qualquer ato, positivo ou negativo, que se choque com a declaração, *contradiz* o que o autor tinha interesse em que se dissesse. Todavia, convém frisar-se que o interesse pode existir sem que se preveja ou possa ocorrer qualquer ato, positivo ou negativo, de quem é pólo da relação jurídica, ou do réu, que não o é, porém contra o qual se propôs a ação declaratória da relação jurídica.

O interesse precisa consistir em que se declare. E basta que haja esse interesse. Tem-se dito que, se foi intentada a ação de condenação, não há mais interesse na declaração; mas os que assim pensam transladam para o terreno do interesse de agir o que se há de pôr no terreno da litispendência.43 O réu que oponha a exceção de litispendência, se o prefere.44 Os que fizerem concessões na transíadação da matéria tiveram de atender a que, por exemplo, pode o autor ter interesse em que se declarem, por ser presto o procedimento, praticamente *(e. g.*, Adolf Schõnke, *Lehrbuch,* 7~ ed., 173). O interesse na declaração pode existir ainda se a ação de condenação foi proposta e há outra pretensão ou outras pretensões que se irradiem da relação jurídica.

Se, na ação declaratória positiva, o réu afirma a inexistência da relação jurídica, ou, na ação declaratória negativa, a existência, mas falta algum pressuposto processual de admissibilidade ou de eficácia para o autor e réu, a sentença que o julga inexistente não nega a existência, ou não a afirma,

43O réu só poderá opor a exceção de litispendência, não na forma de incidente (ari 304), mas como matéria preliminar da contestação (ari 301, V) suscetível, aliás, de arguição em qualquer tempo, conforme o * 30 do ari 267 se já houver pedido declaratório, cumulado com o de condenação (ari 292), ou deduzido em ação autônoma, que será conexa com a condenatória (ari 103) porque, nesses casos, ocorrerá a litispendência, tal como a definem os ~*§* l~ e 30 do ari 301. A

colocação, pelo autor, da matéria que poderia ser objeto de pedido declaratório como simples questão prejudicial do pedido condenatório não configura litispendência, diante do ari 469, III, já que o pronunciamento judicial pertinente não fará coisa julgada. A declaração insita ao pedido condenatório (para dar exemplo do próprio autor ari 50 5): *"A* pede a devolução por *B* de objeto em comodato") se objeto de ação declaratória posterior entre as mesmas partes, geraria continência (ari 104) e entre partes diferentes, conexão (ari 103). Se o autor repete, em ação declaratória incidental, pedido já formulado, em cumulação, ou em ação autônoma, deverá o réu argúir a litispendência.

44Poderá argUir a litispendência, na contestação, ou posteriorimente. A oração condicional "se o prefere", no texto, terá levado em conta, seguramente. o * 30 do ari 267, do qual se extrai que a litispendência, mencionada no inciso V do dispositivo, pode ser alegada depois da contestação, respondendo o réu, todavia, pelas custas de retardamento.

porque não julgou o fundo (cf. Leo Rosenberg, *Lehrbuch,* 5~ ed., 373; Konrad Hellwig, *Klagrecht und Klagmóglichkeit,* 64; Georg Schiiler, *Der Urteilsanspruch,* 45 s.). Se o réu, a despeito da falta de pressupostos processuais, reconhece a relação jurídica ou a inexistência de relação jurídica, não tem o juiz de julgar o fundo, de modo que tal reconhecimento não tem qualquer efeito.45

Não precisa a ação de ter havido alguma *violação de direito,* nem, sequer, *ameaça* (Franz Klein, *Vorlesungen,* 195), ou rumor de negação, ou mesmo qualquer negação. Mas o autor tem de mostrar o interesse, não só em se declarar (se bem que possa ser em segredo), porém na existência da relação ou na inexistência, ou na autenticidade, ou não, do documento. Os arts. 30 e 40 têm aplicação quanto à ação declarativa, porém não quanto àdeclaração mesma. Evitar ação futura é um dos interesses. Provar o que disse a amigos, quanto ao objeto da ação, é outro. A situação do autor em certa religião basta (Rudolf Pollak, *System,* 12). Ser posto fora de sociedade, ou clube, ou defender-se de acusação pública. Interesse científico, doutrinário, ou jurídico, na declaração (jnão na relação a ser declarada!) não basta (Rudolf Pollak, *System,* 12), ainda que de ciência econômica e de informação (Hans Sperl, *Lehrbuch,* 1, 331); tampouco, o de dificuldade de prova. O interesse na interpretação da lei, de que resultaria a existência de relação jurídica ou não, é interesse suficiente à declaração. Não o interesse abstrato ou somente em tese.

A cumulação de ações declarativas é sempre possível. A 3~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 2 de abril de 1940 *(A. J.* 55, 273), teve ensejo de aplicar a regrajuridica sobre cumulação de ações.

Observemos que tal cumulação é possível ainda que as outras ações não sejam declaratórias.

A legislação fiscal possui regra jurídica segundo a qual a defesa só se permite, contra a Fazenda, estando seguro o juízo, pela penhora, ou depósito prévio da importância. O Supremo Tribunal Federal, por sua 1a Turma (24 de setembro de 1941, *R.F.,* 92, 95), julgou que, sendo ré a Fazenda e tratando-se (entenda-se) de dividas fiscais, o autor da ação declarativa está obrigado a segurar ojuízo. É bem difícil sustentar-se isso, tanto mais quanto o exercício da pretensão à declaratória por parte do autor da ação do ari 40 não obsta ao exercício da ação executiva da Fazenda Nacional. O direito brasileiro somente conhece limitações ao exercício das ações quando criadas por lei expressa *(e. g.,* a caução às custas).

Nas situações descritas, a sentença será, inevitavelmente. terminativa (ari 267. IV, V. VI).

Tampouco, o fato de existir o rito especial para a ação de cobrança ou outra ligada à mesma pretensão de direito material, a que se prende a ação declarativa, constitui óbice à ação declarativa. Exemplo assaz expressivo tem-se na ação declarativa para relação de direito (l~ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 4 de abril de 1942, *R. F.,* 91, 451) ou documentos que tenham de ser apreciados em processo de falência.

No acórdão da 4~ Câmara Cível da Corte de Apelação do Distrito Federal, de 25 de abril de 1941 *(D., X.,* 349), disserta-se sobre ação declarativa de modo um tanto perigoso, quer pela insistente referência a “petitório”, como se petitório fosse o que não é declarativo, quer por se dizer que a ação declarativa tem por fim principal “prevenir” violação de direito (?). A ação declarativa nada colima prevenir; busca a sentença de declaração, tão-só. Nada mais nocivo à cultura jurídica que essas tiradas sem terminologia escorreita, baralhando conceitos *(A. J.,* 24, 374; *R. dos 7’.,* 139, 302). Depois, tais frases sem pertinência se repetem noutras sentenças, com dano para a justiça. Aliás, a ja Turma do Supremo Tribunal Federal, a 3 de outubro de 1940 *(R. F.,* 86, 342), ainda não havia descoberto o ari 20, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 1939, e por

isso afirmou que no código (!) não mais se possuia a ação declarativa.

17.Ação declarativa positiva Os princípios que regem a *ação declarativa positiva* de relação jurídica são os seguintes: *(a)* Tem de ser precisa e concretizada a relação jurídica de que se quer afirmada a existêncIa. *(b)* Se a demanda só se refere a parte, ou efeito, de alguma relação jurídica, deve existir ou ter existido essa relação, ou ser certo que vai existir; e existência da parte ou efeito há de ser de interesse do litigante. *(c)* A relação jurídica tem de ser tal que, existindo, alguma conduta do réu possa causar prejuízo ao autor quanto a algum bem da vida, ou lho cause a própria inexistência dela. *(d)* O interesse já deve existir, ou ainda existir, conforme se diz à nota 18), sobre a demanda negativa. Admite-se que se peça a declaração da existência da relação jurídica que derive de alguma relação jurídica já extinta. Mais: que se declare ter existido a relação jurídica, se ainda bá interesse em que se declare.

Uma das aplicações mais recomendáveis da ação declarativa é, no caso de dúvida, sobre questão prejudicial que possa ser levada ajuizo ou já esteja em juízo *(e. g.,* sobre o crédito principal, se se reclamam juros; sobre o titulo, se se estão a cobrar os cupões de juros do título).

A relação jurídica pode não existir atualmente entre partes litigantes. Exemplo: ação declarativa do credor que pretende executar contra o terceiro em cujo nome está o prédio, para que seja declarado que o devedor é o *versus dominus;* do cessionário contra o cedente, para que seja declarado que o crédito lhe pertence. A relação pode ser a que deriva de ter o advogado' causado danos *ob malam defensionem* (RudolfPollak, *System,* 14), ou a de ter procedido com abuso do direito (processual ou material), segundo o ari 17, 1-Vil; porém não a de ter incorrido nas condenações de indenização e despesas dos arts. 18, 20 e 35 *(aliter,* do ari 21).

Em geral, não é preciso que a relação jurídica que se quer declarada seja entre o autor e o réu (Leo Rosenberg, *Lehrbuch,* 5a ed., 370; Adolf Schõnke, *Lehrbuch,* 7~ ed., 172; Arthur Nikisch, *Zivilprozessrecht,* 2º ed., 152; W.

Bernhardt, *Grundriss,* 2a ed., 95), uma vez que há interesse do autor em que se lhe declare a existência ou inexistência. A relação jurídica pode ser entre o autor e terceiro, ou o réu, e terceiro, ou entre terceiros. Assim, se A contratou com B, supondo, no contrato, que B poderia executar bens imóveis de C, tanto pode A

propor ação declaratória da existência da relação de divida entre B e C, ou de ainda existir tal divida, como para ser declarado que C não tem bens imóveis, ou que os tem impenhoráveis. O credor que sabe insolvente o devedor pode propor ação contra outras pessoas, que se dizem credores, para se declarar que não são credores, ou que não têm privilégios (Adolf Schõnke, *Lehrbuch,* 7~ ed., 172). O sócio de sociedade que foi registrada e contra cujo registro se vai pedir cancelamento pode propor ação declaratória da regularidade do registro.

18.Ação declarativa negativa Os princípios que regem a *ação declarativa negativa* de relação jurídica são os seguintes: *(a)* Tem de ser precisa e concretizável a relação jurídica de que se quer negada a existência, de modo que a negação seja suscetível de prova. *(b)* Se a demanda negativa apenas se refere a parte, ou efeito, de alguma relação jurídica, tem-se de provar a existência dessa relação, bem como é de exigir-se qu~ a parte negada interesse ao litigante. *(c)* A relação jurídica tem de ser tal que, existindo, alguma conduta do réu cause prejuízo à esfera do autor, quanto a qualquer bem da vida (F. Sobernheim, *Das ungãnstige Parteivorbringen,* 152). *(d)* O interesse já deve existir (Rudolf Pollak, *System,* 14) e ainda existir no momento em que o juiz da primeira instância profere a sentença (Hermann Bayer, *Entscheidungsgrundlagen,* 58; Francesco Menestrina, *La Pregiudiciale,* 163). Se existiu e deixou de existir, mas ainda pode ser ou vir a ser relevante para o fundamento de pretensão atual, cabe a ação declaratória. *(e)* Em caso de dúvida, entende-se que a existência da relação jurídica, que se nega, seria lesiva ao autor, ou basta, como pressuposto para a propositura da demanda.

19.Ação declarativa em reconvenção A ação declarativa pode ser proposta em *reconvenção;* e nada obsta a que, havendo alguma prejudicial, o autor a faça, no pedido, objeto de declaração, a despeito de ter de ser de condenação, constitutiva, mandamental, ou executiva, a sentença. Chama-se, então, num e noutro caso, ação declarativa *incidente.* A ação incidental de falsidade é incidente, em processo separado. É possível, ainda, a reconvenção oposta à reconvenção.

O elemento declarativo das sentenças, como dos atos administrativos, ou se refere a questões de direito, ou a questões de fato, ou a pontos prejudiciais. Notou-o, quanto aos atos administrativos, Karl Kormann *(System der Rechtsgeschãilic'hen Staatsakte,* 67 e 70). Por seu lado, Walter Jellinek *(Der fehlerhaie Staatsakt,* 14 e 26 s.) distinguiu o que concerue a fatos, à finalidade e

a questões de direito. Todavia, não se preocuparam com a estrutura que resulta da carga de eficácia, se esses elementos se juntam ou, o que mais importa, se se juntam a outros elementos (constitutivo, condenatório, mandamental, executivo).

Razão teve Franz Felician Heim *(Die Feststellungswirkung des Zivilurteils*, 17 e 31) para chamar atenção para o fato de ser constante a eficácia declarativa das decisões. Apenas não viu que esse elemento constante cresce de ponto de 1 aS. Também Karl Kormann *(System der Rechtsgeschàilichen Staatsakte,* 72) percebeu o elemento constitutivo que há na decisão condenatória; porém não atendeu a que o mesmo ocorre, com maior ou menor dose, nas outras decisões. O assunto foi estudado exaustivamente no *Tratado das Ações.*

20.Interesse específico na declaração O interesse *específico* na "declaração" é dispensado? Afirmativamente responde o direito austríaco (Rudolf Pollak, *System,* 16), ao contrário do direito alemão, que fala de "interesse em obter-se rápida declaração" (Ordenação Processual alemã, * 256). Em virtude do § 256 da lei alemã, tirou-se que o interesse desaparece se o demandando declarou que não tenciona pleitear contra o autor, ou renunciou a isso, se tinha, antes, o intento, confusão evidente com o interesse "na relação". O Código de Processo Civil brasileiro vigente, como o anterior, dispensa esse interesse específico na declaração. O interesse que ele exige é o interesse na existência ou não-existência da relação jurídica, na falsidade ou autenticidade do documento. Não é preciso que o autor não possa lançar mão de outros meios. O uso das vias processuais, que correspondem a pretensões diferentes (declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental, executiva), pode ser alternativo (ou um ou algum dos outros), porém, de regra, *nenhuma ordem de sucessão se estabelece para eles.*

O interesse tem de ser quanto à relação jurídica afirmada ou negada, e não segundo o "sentir" do autor (Franz Klein, *Vorlesungen,* 194). *E extremamente interessante saber-se se a pretensão do autor ou do réu épretensão acionável ou não-acionável* (pretensão com ou sem ação); isto é, a relação jurídica negada ou afirmada pode ser uma de que só resulte pretensão sem ação (Georg Kuttner, *Nebenwirkungen,* 59; Stein-jonas, *Kommentar,* 1, 700; restrições em Hans Sperl, *Lehrbuch,* 1, 313), ou só exceção. A ação declarativa é meio de explicitação. Também se declara a inacionabilidade.

Assim, a ação declarativa pode ser proposta para que se declare o direito, ou o

direito e a pretensão, ou o direito, a pretensão e a ação, ou a exceção. Também se pode pedir a declaração de que o direito do réu émutilado, isto é, que não tem pretensão e ação, ou somente não tem ação. Outrossim, há ação declarativa para se dizer se a pretensão ou a ação está prescrita ou não.

A divisão dos processos em processo de conhecimento e processo de execução partiu da suposição de que a cognição abrangia todas as ações que não fossem de execução. Ora, nem todas elas são preponderantemente declaratórias. O ari 40 e o parágrafo único apenas se referem à ação declaratória por sua força sentencial (é ou não é, existe ou não existe). O parágrafo único apenas prevê que já tenha havido violação de direito e se possa, nem seria de admitir-se o contrário, propor ação declaratória. Entenda-se: ação cuja eficácia sentencial é de peso 5 de declarativiдade. Se violação ocorre de direito, pretensão e ação, ou só de pretensão ou de ação, não é isso que se vai declarar, posto que possa haver ação declaratória da relação jurídica exsurgida da violação. O que se tem de levar em consideração, porque se está no campo científico da classificação das ações e das sentenças, é que há ações e sentenças declarativas, ações e sentenças constitutivas, ações condenatórias, ações mandamentais e ações executivas, com os pesos das suas forças sentenciais (5), sem que possa haver ações e sentenças constitutivas, condenatórias, mandamentais ou executivas sem o seu peso de declarativiдade, assaz diferente conforme as espécies.

Há violações de direito que dão lugar a ação constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva, mas o elemento declarativo, pode ser algo que gere o interesse da prospositura da ação declaratória. A distinção “processo de conhecimento” e “processo de execução”, por sua origem e persistência, revela que os legisladores não se puseram em dia com a ciência do direito, agarrados que ficaram à classificação binária. Uma vez que, no Código de Processo Civil de 1973, se pôs a ação executiva de títulos extrajudiciais no processo de execução, tem-se de atender a que se *adiantou* execução, sem que se dispensasse a ação condenatória ou outra que teve de ficar após aquela que tinha, normalmente, de vir antes. Em vez de haver a condenação (5 de condenauriedade e 3 de executividade) para que se fosse à ação de execução, atendeu, sem conhecer o que a ciência mostrou, o peso 3 de executividade dá ensejo à propositura de outra ação, que é a executiva. Com a ação de execução de titulo extrajudicial faz-se preexame da executividade e assume-se o risco de que a ação condenatória a ser julgada na mesma sentença da *contra-ação*

(embargos do devedor) faça o juiz retirar a executividade e a mandamentalidade que se entendeu haver na ação proposta.

21.Violação e declarabilidade da relação jurídica No ari 40 parágrafo único, está explícito o que expusemos nos

de 1939 e no *Tratado das Ações.* Não importa indagar-se se houve violação da relação jurídica, de que se quer a declara-cão; não importa, tampouco, se houve ou se há, se não há, ou vai haver ameaça. Mais: quem violou relação jurídica pode pedir a declaração da inexistência. O interesse é de exigir-separa qualquer solução judicial, seja declarativa, seja constitutiva, seja condenatória, seja mandamental, ou seja executiva a ação, principal, provisória ou cautelar. A declaratividade é de interesse mesmo se o direito foi violado, ou se apenas se cogita do passado, como se A entregou o bem a B, para solver a divida, e B está a dizer que o bem não era de A. Seria absurdo que, por ter sido violado o direito de alguma pessoa, não mais pudesse ela propor ação declarativa, tanto mais quando, se da violação resulta alguma outra ação proponível, nela há o elemento declarativo, imediato ou mediato, e tal eficácia é inafastável no julgamento.

O interesse que existia persistiu e persiste; de modo que o ari 40 parágrafo único, apenas teve por fito explicitude.

O proprietário não poderia ficar sem a legitimação ativa à ação declarativa, mesmo se alguém usurpou o seu bem, ou esbulhou ou turbou a sua posse. Dai ter sido acertado que a lei processual civil se referisse a possíveis ações incidentais declarativas, que podem ser propostas, por exemplo, depois da violação do direito e estar em litígio relação jurídica cuja declaração é necessária ao julgamento final.

A violação que pode ter ocorrido é violação de direito *latu sensu.* Pode-se ter violado ação ou exceção, ou, até mesmo, direito sem pretensão, ou direito sem ação. O ari 40 parágrafo único, frisa que se pode propor ação declaratória mesmo se, com a violação, outra ação tivesse de ser proposta. Por exemplo: A invadiu o terreno de E, que ele dizia ser seu, e B propõe ação declaratória para que se negue a existência da relação jurídica *erga omnes* de A. Poderia ter preferido a ação condenatória, em cuja sentença se

teria de examinar o direito de E, portanto a inexistência da relação jurídica de A.

Em tal espécie, E tanto pode exercer a ação declarativa negativa como a declarativa positiva, posto que, na ação condenatóna, a declaração é positiva. Não só se passa isso com as ações condenatórias. A violação do direito poderia dar causa à ação constitutiva, à ação mandamental, ou à ação executiva. Nada impede que se proponha a ação declaratória. Às vezes só seria de admitir-se a ação declarativa positiva, como se o violador não tivesse alegado, explícita ou implicitamente, alguma relação jurídica que lhe permitisse o ato ou a omissão .

Os fundamentos, que apresentávamos, para que se não afastasse a ação declarativa se houve violação de direito, pretensão ou ação ou exceção, fosse incidental ou não a ação declarativa, serviram para alguns julgamentos.

Lamentável foi que o Supremo Tribunal Federal houvesse, certa vez, afastado a ação declarativa sejá havia ocorrido violação *(e. g., Jurisprudência,* IV, 320); mas o que sustentáramos firmou-se na doutrina e na jurisprudência. O parágrafo único do ari 40 foi explicitante do que já estava no sistema jurídico brasileiro.

É absurdo dizer-se que, tendo sido proposta ação condenatória, ou outra, não se pode intentar ação declaratória.

Primeiro, a própria legislação processual civil *a)* prevê que “no curso do processo”, se torne “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” (ari 50); *b)* diz que “o juiz da causa principal é também competente” para a “ação declaratória incidente” (ari 109); *c)* que havendo contestação do direito que constitui fundamento do pedido, pode o autor requerer, no prazo de dez dias, que o juiz profira sentença incidente (ari 325); *d)* a sentença a respeito da declaração faz coisa julgada se o juiz é competente em razão da matéria e constitui pressuposto necessário para o julgamento da lide (ari 470).

O fato de poder ser apresentada, na ação declaratória, a exceção de litispendência de modo nenhum preexclui a propositura da ação declarativa se na ação já pendente há 3 ou 4 de declarativídade.

Se contra o réu numa ação cuja sentença terá 3 ou 4 de declarativídade é proposta ação declaratória e ele não opõe a exceção de litispendência, vai ter de ser respeitada a primeira sentença trânsita em julgado. Pode acontecer, por

exemplo, que se tenha proferido antes a sentença da ação já pendente e ocorra a *res iudicata.* A sentença, na ação declaratória, que fosse posterior à outra, poderia transitar em julgado antes, se, por exemplo, nessa não houve recurso e houve na outra. O que importa é saber-se se ocorreu o trânsito em julgado e qual a sentença a que se liga. A eficácia de coisa julgada da sentença declaratória não vai além da afirmativa de existir ou de não existir uma relação jurídica, mas, se não existe uma relação jurídica, não se pode atribuir qualquer eficácia, quer condenatória, quer constituiva, quer mandamental, quer executiva, a sentença posterior, ou de eficácia só após a daquela.

Ari 50 Se, no curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide ‘), qualquer das partes 2) *poderá requerer 5) que o juiz a declare4) por sentença 3f)~*

1.Relação jurídica litigiosa Pode acontecer que ao pedido e à sentença seja necessária a declaração da existência ou da inexistência de relação jurídica, por se pressupor que tal relação jurídica existe, ou não existe. Não se trata de elemento declarativo que seria de mister quando se apreciasse o pedido, mas sim de existência ou inexistência de relação jurídica que para o pedido é indispensável ter-se como certa e, consequentemente, para a sentença. Por exemplo: *a)* Foi proposta a ação de alimentos contra o pai ou a mãe do autor e há a alegação de que não existe relação jurídica de parentesco que permita a condenação em alimentos; o réu ou a ré pode requerer que antes se julgue a inexistência ou existência da relação jurídica entre autor e réu, no plano do parentesco. Há, ai, ação declarativa embutida, de modo que o legislador entendeu permitir que se separasse, no tempo e no conteúdo, da questão de alimentos a de filiação legitima ou ilegítima. O requerimento tem de ser feito a tempo de se produzirem as provas; *b)* O credor está a cobrar juros, em ação condenatória, e o réu alega que a divida não existe. Na contestação tem de estar tal negativa e, de certo modo, a ação declarativa negativa passou à frente; mas o legislador permitiu que se tornasse *pedido* de ação declarativa incidente, embutida na condenatória, a parte da contestação, e que requeira ao juiz a divisão do julgamento:

primeiro se há de decidir quanto à divida; *c)* O autor compara ao réu bem imóvel, ou móvel, e propôs ação para que lhe fosse entregue a posse, e o réu alega que o documento não fora assinado por ele, nem por pessoa que tivesse poderes, e a lei lhe faculta que, antes do julgamento do pedido inicial, se decida quanto à falsidade do documento.

A declaratoriedade é elemento de grande relevância em qualquer das sentenças *a)* que se têm de proferir ou *b)* que já se proferiu. Para se avaliar a importância em *b)* sem se ter de pensar nas sentenças preponderantemente declarativas (5 de declaratividade), basta que se percorra a Tabela de quase cem sentenças (4 de declaratividade) e a Tabela de tantas outras com 3 de declaratividade *(Tratado das Açõe*s, Tomo II, 345-363). Se não há 3, 4 ou 5 de declaratividade, não há eficácia de coisa julgada.

Quando o juiz se manifesta sobre a existência ou a inexistência da relação jurídica, já afirmou o que era essencial para a entrega da prestação jurisdicional. Daí ser necessário ou simplesmente útil que, no correr do processo, se *declare.*

Uma vez que a declaração precise ser *antes* do proferimento da sentença final, há a ação declarativa incidental, que se embute na ação já proposta.

No ari 50 diz-se que qualquer das partes pode propor ação incidental. Entenda-se: partes e pessoas equiparadas a parte; portanto, autor, réu, litisconsorte e terceiro interveniente (opoente, o nomeado à autoria, o litisdenunciado, o chamado à autoria). O assistente, litisconsorcial ou não, assiste. Se há litisconsórcio, uma vez que não seja unitário, é possível que só um ou alguns possam figurar como partes na ação incidental.

O adjetivo "incidental" que aparece na ação incidental de declaração nada tem com incidente processual, nem se há de entender que há acessoriedade de tal ação. Há a ação principal e a incidental, por ser *praeiudicium.* De ordinário, a ação principal tem 3 de declaratividade. Em vez de se aguardar que se profira a sentença, com 5 de outra eficácia, antecedida por 3 de declaratividade, pede, desde logo, a sentença de 5 de declaratividade, o que obriga o juiz a dar por julgado o que teria de ser declarado ao examinar-se o que teria de ser objeto da sentença.

Advirta-se que a declaração incidental só se refere ao mérito, a algo do mérito, sem que isso afaste poder-se pedir, incidentalmente, a declaração de inexistência ou de existência de algum ato, fato ou documento, que servíu à sentença que, em ação rescisória, se está atacando. Ai, tudo é mérito da ação rescisória.

Não se há de dizer que a ação declaratória apenas leva a sentença que somente declara. Ai, a sentença é predominantemente declarativa. Tratando-se de ação declarativa incidental, tem-se entendido que o ari 469, III, que diz não produzir eficácia de coisa julgada a apreciação de questão prejudicial, decidida incidentemente no processo, apagou à sentença que se profere na ação declarativa incidental a coisa julgada. Ora, a declaração, na espécie do ari 50, foi "sentença", de que cabe recurso de apelação. O juiz não mais vai julgar o que julgou e passou em julgado, tendo ou não havendo recurso. No ari 325, lê-se que, contestando o réu o direito que constitui fundamento do pedido, pode o autor requerer, no prazo de dez 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 líde. O ari 469, III, somente afasta a coisa julgada se foi "a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo". Mas o ari 470 logo frisou (digamos melhor: explicitou) que, "faz,

todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 50 e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessano para o julgamento da lide".

No ari 50 faz referência ao fato de "no curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica". Não se tire daí que teria de haver controvérsia sobre a existência ou a inexistência da relação jurídica. A litigiosidade resulta, de ordinário, de ser a declaração da existência ou da inexistência da relação jurídica assunto da ação proposta. Não é preciso que se haja discutido o que se querdeclarado. Pode ter havido discussão a respeito, antes da açao, mas Isso não é óbice a invocação do ari 50, se já havia ação declaratória, não se precisa, agora, da incidental. Nem, se não se poderia julgar a ação, sem se declarar a existência ou inexistência da relação jurídica, não é necessário que se controverta a existência ou a inexistência, se a sentença mesma teria de apreciá-lo.

A permissão da ação declaratória incidental, no trâmite da ação, de modo nenhum retira à parte propor a ação declaratória, com autonomia.

Sempre que a sentença que se vai proferir na ação, sendo favorável ao autor, tenha 3 de declarativiдade, qualquer que seja ou executiva (salvo da ação executiva de sentença, porque a declarativiдade já foi objeto da ação condenatória), pode ser feito o pedido do ari 50, como também, antes da litigiosidade, ser proposta a ação declaratória. Ali (ari 50) háo pressuposto de se ter tornado litigiosa a relação jurídica, de cuja existência ou inexistência depende o julgamento da lide, donde a incidentalidade, a prejudicialidade. Aqui, não: propõe-se a ação declaratória, positiva ou negativa, porque a afirmação ou a negação da existência é que interessa ao autor. Pode ser que esse seja o único interesse que tem.

Na espécie do ari 50 há quase o mesmo que no ari 325, porque, nesse, se supõe que, contestando o direito que constitui fundamento do pedido, pode o autor suscitar o proferimento da *sentença incidente,* se da declaração da existência ou da inexistência do direito depende, no todo ou em parte, o julgamento da lide; naqueles, a qualquer das partes cabe o pedido de declaração.

Cumpre que se não confunda a ação incidental, que supõe estar em curso o processo da ação principal, com a ação declaratória que o interessado propõe

para ter, desde já, coisa julgada sobre a existência ou inexistência de relação jurídica ou de relações jurídicas.

A ação incidental sobrevém à propositura da ação, de modo que se embute. Não há, aí, o que erroneamente se diria acumulação.

Na ação, em que pode ocorrer o pedido de declaração incidental, é preciso que já tenha havido a citação do réu, porque só assim se constitui a angularidade. Não se diga que é necessário já ter o réu apresentado a contestação, para que se inicie, a respeito da existência ou inexistência da relação jurídica. O réu pode, no prazo para contestar, já pedir a declaração incidental, posto que apenas se haja de supor que a contestação virá. j,Se a contestação não vêm? Não houve, a despeito disso, revelia; mas o fato de se ter de considerar a falta de contestação causa suficiente para se presumirem verdadeiros os fatos não impugnados (ari 302), impõe que se dê resposta clara e precisa à questão. Quando o réu pediu a declaração incidental e não contestou é de entender-se que lhe pareceu bastante o julgamento da existência ou da inexistência da relação jurídica. Assim, o que se admite é que a sentença na ação declaratória incidental, em vez de destruir a árvore, logo, por baixo, lhe corte a raiz.

Quanto ao réu revel, pode ele intervir no processo, em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontra (ari 322, 2a parte), de modo que não há óbice a que peça a declaração incidental.

Quanto ao pedido de declaração incidental, feito pelo autor, sendo revel o réu, há o ari 321, onde se diz que, “ainda que ocorra revelia, o autor não poderá... demandar declaração incidente, salvo promovendo nova citação do réu, a quem será assegurado o direito de responder no prazo de quinze (15) dias”. Se o réu revel de novo não comparece, na ação declaratória incidental também se faz revel.

2.Litigiosidade superveniente da relação jurídica No ari 50 supõe-se que se trate de processo em que fora posta em questão ou não fora posta em questão a existência ou a inexistência da relação jurídica, ou de alguma relação jurídica, de cuja afirmação ou negação depende a decisão da lide.

Não se partiu, sempre, na hipótese, de pedido de declaração positiva ou negativa; mas o surgimento da litigiosidade, isto é, a atitude de uma das partes, suscita a

necessidade da conveniência do julgamento declarativo, positivo ou negativo, e passa a ser fundamento para se exigir que antes se decida quanto a isso. A suposição de existir, ou de não existir, a relação jurídica está afastada, de modo que se tem, em primeiro lugar, de julgar incidentalmente a existência ou a inexistência da relação jurídica, para que se possa entrar na decisão do pedido.

Na hipótese, os titulares da pretensão à tutela jurídica teriam pedido, antes da propositura da ação, pedir a declaração positiva, ou negativa. Não no fizeram; e a lei processual civil foi explícita em dar ao juiz o ensejo de atender ao pedido de qualquer das partes, no tocante à existência ou à inexistência da relação jurídica, uma vez que a lide somente poderia ter decisão favorável, ou desfavorável, ao autor ou ao réu, se feita a declaração. Claro que, mesmo sem o ari 50 o juiz poderia e teria de julgar a existência ou a inexistência, mas o conteúdo da regra jurídica, que o legislador concebeu, tem a vantagem de discriminar, como préstimo, o julgamento (incidentalizado) da questão concernente à declaratividade.

Advirta-se que de modo nenhum se criou necessidade de tal ação incidental. Deixou-se a qualquer das partes a escolha: ou preferir *a)* a ação declarativa embutida na ação que fora proposta seja desembutida; ou *b)* deixar que a apreciação fique para a sentença final. Rigorosamente, o que ocorre com *a)* é a cisão do pedido e, pois, da futura sentença, uma das quais pode afastar ou não o resto que se deixara à sentença final. Por exemplo: a ação que se iniciou foi condenatória ou executiva (tal como acontece com a cobrança de títulos e a ação de execução de títulos extrajudiciais) e o demandado alega a falsidade do titulo, ou do documento a que se prenderia a divida; o autor pode propor a ação declarativa da relação jurídica (ação declarativa positiva) ou o demandado deve logo ou após a contestação suscitar o processo e o julgamento da ação que estaria embutida. Outro exemplo: o pedido foi de ação de reivindicação e o demandado argúi que a aquisição foi eficaz por não ter sido revogada a procuração do alienante, ou o demandante diz não existir juridicamente, ou não ter validade o negócio jurídico cujo documento o demandado juntou ao processo.

No ari 50 o julgado da ação declaratória incidental é sentença, pois lá está dito. Ai, autor pode ser qualquer das partes. No ari 325 só referente ao autor da ação principal e após a contestação, também se profere “sentença incidente”. De modo nenhum é de admitir-se que se interpretem os arts. 50 e 325 como se a sentença fosse a mesma na ação declaratória incidental e na ação principal. Há

duas possibilidades de apelação: na ação incidental de declaração e na ação principal. Os que, para o processo da ação incidental de declaração, invocam o ari 292 e os §* 10 e 20, para dizer que a ação declaratória incidental tem de ser nos mesmos autos, num único processo, são vitimas de erro basilar de considerar a ação declaratória incidental ação *cumulada* à ação principal. O pedido daquela é de declarar a existência ou inexistência de uma relação jurídica de que depende o julgamento da lide (arts. 50 e 325). Nada que se corta de outro objeto a esse se acumula. Devemos jogar fora toda assimilação da ação declaratória incidental às ações cumu ladas, nem, sequer, à reconvenção.

Absurdo imperdoável é que se afirmasse que a sentença na ação declaratória incidental e a da ação principal tinham de ser juntas. Idem, falar-se de agravo de instrumento da sentença que indefere a petição inicial da ação declaratória incidental (cf. artigos 267,1 e 513).

Quando a sentença de mérito tem por pressuposto o julgamento de questão de estado, assunto de ação declaratória incidental, então o juiz, na ação principal, tem de aguardar o julgamento da ação declaratória incidental (ari 265, IV, c).

Para que o réu, ou o autor, não pudesse propor a ação de declaração incidental, se demanda em nome de outrem, seria preciso que houvesse regra jurídica a respeito (que, aliás, não seria pertinente). A situação das partes no tocante à declaração incidental nada tem com a reconvenção, razão por que devemos repelir as que, a respeito da ação declaratória incidental, invocam o ari 315, ~ 1º.

Se ocorre revelia, o autor não pode propor ação declaratória incidental salvo se promoveu nova citação do réu, que tem o prazo de quinze dias para responder (ari 321: “demandar declaração incidente”). Pergunta-se: Se o revel é que quer propor a ação declaratória incidental, i,como se há de responder? O ari 321 permite que ele entre no processo em qualquer fase, mas recebe-o no estado em que se encontra. Por isso, se no tempo em que pode pedir a ação incidental de declaração, tem de promover citação do autor, para que responda no prazo de quinze dias.

Quanto à ação executiva de titulo extrajudicial, nela estão duas ações, a de condenação e a de execução, porque a eficácia que se deu ao título executivo extrajudicial não eliminou a condenatoriedade, apenas lhe antecipou a executividade. Algumas decisões declaratórias são objeto dos embargos do

devedor (ari 741, II, sobre inexigibilidade do titulo, e VI, qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação e ari 746). Mas seria contra os princípios que vedasse o pedido de ação declaratória incidental, para se evitar que o executado sofresse durante todo o tempo do processo de execução, o que lhe provém e provirá da penhora. Tratan do-se de ação executiva de sentença, a única ação declaratória incidental com base no ari 741, II, seria a de declaração da inexistência da sentença, porque a invalidade escaparia à declaração por se tratar de ação constitutiva negativa. Quanto à ação executiva de titulo extrajudicial, a inexigibilidade do titulo (ari 741,11 e 745), o próprio ari 4011 (da autenticidade ou falsidade de documento), razão por que não se poderia deixar de atender ao ari 50 e ao ari 325.

Na ação de embargo do devedor, o autor da ação executiva, que é o réu, pode propor a ação incidental de declaração (ari 50) e o próprio réu, que é o autor da ação de embargos do devedor, pode, após a impugnação dos embargos do devedor (ari 740), pedir a ação incidental de declaração (ari 325).

Não se diga que na ação executiva de título extrajudicial não haja condenatoriedade e, pois, possibilidade de se precisar declarar a existência ou a inexistência da relação jurídica. Quanto à ação executiva de título judicial, a probabilidade de ser de interesse da parte o pedido de declaração incidental é pequeníssima.

3. Prazo para o pedido Se o autor, nas suas alegações, ou o réu, na contestação, de modo nenhum se referiu à relação jurídica cuja existência ou inexistência teria de ser declarada antes da sentença na ação, pode acontecer que tal declaração seja elemento essencial para o julgamento. Diz-se no ari 264, parágrafo único, que a alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo. Mas pedido de ação declaratória incidental não é alteração do pedido ou da causa de pedir: a declaração está insita no pedido que fez o autor, na petição inicial, ou na contestação pelo réu, ou pode ser sugerida por ter a outra parte apresentado prova que se liga à declaração. Na Ordenação Processual Civil alemã, § 280, só ao findar a fase probatória é que não mais se podia pedir a ação declaratória incidental. Com a *Vereinfachungsnovelle* de 3 de dezembro de 1976 a regra jurídica foi deslocada para o § 256, 2~ alínea. Assim também na Ordenação Processual Civil austríaca, §§

236 e 259. O Código, ari 50, de modo nenhum se reporta ao momento em que se há de pedir a declaração incidental. Trata-se de sentença necessária à futura sentença, de uma *Vorfrage*, e não de uma de *Widerklag*, ou de uma nova ação. Apenas temos de atender ao pedido do autor, depois da contestação. O ari 321, pelo lugar em que está não se pode estender ao réu ou ao próprio autor quando não se trate de assunto que a contestação fez

"litigioso".

Já na Ordenação Processual Civil alemã, * 280, até a conclusão da audiência em que se pronuncia a sentença podia o autor, por ampliação de

sua petição da ação *(durch Erweiterung des Klageantrags,* o que seria lamentável se se referisse ao pedido de direito material), e o réu, por meio de demanda reconvencional *(durch Erhebung einer Widerklage,* outro erro), pedir que o tribunal se pronuncie sobre alguma relação jurídica controvertida no curso do processo e de cuja existência ou inexistência depende, de todo ou em parte, a decisão. Na Ordenação Processual Civil austríaca, §280, também se referiu ao encerramento da audiência para julgar se a existência ou inexistência da relação jurídica de que dependa, no todo ou em parte, a decisão do litígio. No § 259 permite-se ao demandado, formular durante o debate oral, sem necessitar de consentimento do demandante, pedido de declaração no sentido do § 236.

Mais uma vez frisemos que a ação declaratória incidental nada tem com a reconvenção, a *Widerklage.* Nela não se reconvém, não há contra-ação; o que há é ação declaratória que vai levar ao julgamento da ação, em que ela é apenas acidente.

Por outro lado não se reduza a ação acidental a simples questão incidental. Trata-se de ação, com as suas características, e a prejudicialidade.

A solução de só ser possível o pedido da ação declaratória incidental até que se extinga o prazo da defesa reduziria a ação declaratória incidental a simples defesa em ação, tanto mais quanto o próprio autor, na espécie do ari 325, depois da contestação é que tem prazo. Se o réu, na contestação, nega o direito que constitui fundamento do pedido, tem o autor o prazo de dez dias. Mas ele, que é uma das partes, que podem pedir a declaração incidental, não só, aí, na espécie do ari 325, pode pedi-la. A litigiosidade, a que se refere o ari 50, pode resultar de

produção de prova pelo réu, que, *ex hypothesi,* não aludira à inexistência ou existência da relação jurídica de que dependa ojulgamento da lide, pois apenas contestar o direito envolvente. No ari 303, 1,11 e III, diz-se que, depois da contestação, só é licito deduzir novas alegações se relativas a direito superveniente, compete ao juiz conhecer delas de ofício, "por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e juízo". Quanto ao autor, se a litigiosidade resultou da contestação, há o prazo do ari 325. Quanto ao réu e ao próprio autor, nos demais casos, o que se supõe é surgir a litigiosidade; de modo que o ari 50 entra nas autorizações a que se refere o ari 303, III.

No ari 325 supõe-se ter havido a contestação, para que, se da declaração da existência ou da inexistência da relação jurídica depende o julgamento, no todo ou em parte, da lide, que o autor peça a declaração incidental ("requerer" é impróprio), no prazo de dez dias. O prazo conta-se da intimação. Quanto ao réu, está ele como o autor sob o ari 50

que não cogita da contestação, porque, ai, apenas se supõe que no curso do processo, se tornou litigiosa a relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento, razão por que qualquer das partes pode pedir que o juiz a declare por sentença. No ari 50 não há limitação de prazo, posto que possa haver julgamento antecipado da lide, quando a questão de mérito é unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não há necessidade de se produzir prova em audiência (ari 330, 1).

No ari 265, IV, *c),* diz-se que se suspende o processo quando a sentença de mérito tiver por pressuposto o julgamento da questão de estado, pedido como declaração incidente. Portanto, somente se o assunto é questão de estado. A suspensão é de um ano e volve-a ao procedimento logo que se esgote o prazo (ari 265, * 50), porque assim estatui a lei, mesmo que continue o que foi causa da suspensão. O julgamento, que seria prejudicial, volve à-

sentença da ação principal. Antes disso de modo nenhum pode o juiz apreciar a declaratoriedade.

Assim, se houve a sentença na ação declaratória incidental e dela se apelou, o prazo do ano que levou à suspensão está correndo.

É de perguntar-se se nas ações executivas de sentença cabe a ação incidental declarativa. Nas ações executivas de sentenças o devedor executando pode embargar a execução. Antes do novo Código de Processo Civil, que tem a regra jurídica do ari 50, já dizíamos *(*, Tomo XIV, 2a ed., 77): "Se alguma falsidade aparece, é possível propor-se a ação declarativa incidental, principalmente a de falsidade". Hoje, devemos frisar que tal ação é proponível depois de extinto o prazo para os embargos do devedor, ação em que se poderia alegar a falsidade ou invalidade do titulo, ou a falsidade da sentença. Antes de extinto o prazo, que começa com a intimação da penhora, do termo de depósito, da juntada aos autos do mandado de imissão de posse, ou de busca e apreensão, na execução para entrega de coisa, ou da juntada aos autos do mandado de citação, na execução de obrigações de fazer ou de não-fazer, os embargos do executado são a ação adequada. Antes de se iniciar o prazo, a ação declarativa não é incidental, mas sim típica. Se a ação declarativa não poderia ser proposta como embutida na de embargos, nem incidentalmente, porque não se conhecia o fundamento, tem-se de admitir a propositura incidental, *antes de serem julgados os embargos.*

Sustentar-se que na ação declaratória incidental pode ser pedido algo de novo em relação ao pedido da ação principal, ou que isso sempre acontece, seria permitir-se que, no pedido da ação principal, houvesse, por exemplo, a condenação em virtude da relação *a* e na ação declaratória incidental a relação jurídica *b.* O que se decide na ação incidental de declaração é o que se tinha, em virtude das permissões dos arts. 50e 325, de previamente julgar, tanto assim que, não tendo eficácia de coisa julgada, "a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo" (ari 469, III), a resolução (digamos a

"sentença") da questão prejudicial, se a parte a pediu, nas espécies dos arts. 50 e 325, o juiz foi competente em razão da matéria e constitui pressuposto necessário para o julgamento da lide, há coisa julgada (ari 470). O juiz da ação principal tem de respeitar a *res iudicata,* porque o que se tinha de declarar (em sentença de peso 5 de declaratoriedade) vai ser o peso 3 da sentença a proferir-se de peso 5.

No ari 50 alude à relação jurídica de cuja existência ou inexistência depende o julgamento da lide e é a isso que concerne o pedido de declaração íncidental. O julgamento do pedido na ação principal depende de existir ou de não existir a relação jurídica de que se pede, incidentalmente, a declaração. Se o juiz verifica que a sentença que tem de proferir na ação principal independe de existir ou de

não existir a relação jurídica que se teria de apreciar na ação incidental de declaração, tem de indeferir a petição inicial. A dualidade de causas, se ocorre a ação declaratória incidental, supõe a prejudicialidade, a pré-sentença, e não a simples preliminaridede, que éreferente a estar antes da travessia, do limite (que foi limitado), pois quem prejulga julga antes e depois. Não cumulação de pedidos, porque a previedade já conta, na sentença da ação principal, o que concemia à relação jurídica, que se declarou existente ou inexistente. Daí ter-se de cogitar, na lei, do procedimento, da competência e da suspensão do processo. A sentença na ação incidental de declaração é "pressuposto necessário para o julgamento da lide" (ari 470) e o juiz sabe disso quando defere a petição inicial.

Não se diga que a demanda da declaração incidente contém pedido diferente do anteriormente formulado. O pedido que se fizera "depende" de se julgar a existência ou inexistência de uma relação jurídica (ari 50: "de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide"; ari 325: "se da declaração da existência ou da inexistência do direito depender, no todo ou em parte, o julgamento da lide"). A declaração, que era elemento necessário, para se julgar favorável ou desfavoravelmente a ação, estava, implícita ou explicitamente, no pedido dito principal, e sem a solução a respeito dele nada se poderia decidir. Quando se pede condenação quase nunca se pede explicitamente, declaração prévia, porque somente condena quem declarou. Réu e autor da ação condenatória como em outras espécies de ação pode pedir a declaração incidental, que, assim, prejulga.

No ari 321, acertadamente se permitiu, mesmo em caso de revelia do réu, que o autor proponha a ação incidental de declaração com a citação do réu, que responde no prazo de quinze dias. Quanto ao réu, intervindo no processo, recebe-o no estado em que se encontra (ari 322); assim, se há tempo para exercer a ação incidental de declaração, não se lhe pode retirar tal legitimação ativa.

Se a ação principal é ação declaratória nada impede que se proponha ação incidental de declaração, se o que se há de declarar, incidentalmente, é a existência ou a inexistência da relação jurídica necessária ao julgamento da lide.

Por exemplo: *A* pediu a declaração do seu direito concernente ao quadro que adquiriu a um corretor de objetos de arte, porque estavam a divulgar que tal quadro não fora vendido ao corretor, mas sim a outra pessoa. Propôs a ação declaratória porque tem a posse do quadro e réu, na ação é o corretor, que aega

ter entregue a quem agora é autor da ação declaratória porque ele apareceu em nome do que adquirira. A relação jurídica entre o terceiro e o corretor precisa ser declarada inexistente, razão por que o autor da ação principal propõe a ação declaratória incidental em que são citados o corretor e o terceiro, litisconsorte, ou só o Corretor, caso em que o terceiro pode assistir (arts. *50-55),* ou opor-se (arts. 56-61).

Quanto à eficácia da sentença na ação declaratória incidental, se ela era necessária para o julgamento da ação principal, como se supôs tem-se de verificar: a) se pedida a declaração positiva (existência da relação jurídica) e a sentença foi desfavorável (não declarava); ou *b)* se a declaração, que se queria, era a negativa, e a sentença foi desfavorável. A necessidade do fundamento declaratório afasta que se não atenda à sua eficácia.

No ari 50 fala-se de "no curso do processo". É de perguntar-se:

~,pode-se invocar o ari *325,* que só se refere à contestação, a fim de só se admitir no prazo de dez dias? O ari *325*

reporta-se ao ari 50 mas a remissão de regra jurídica especial a regra jurídica geral não a atrai. O especial não se impõe ao geral. A contestação é um dos atos de que pode proceder a litigiosidade. A oposição de terceiro pode tomar litigiosa a coisa (arts. *56-6* 1). Com a denunciação da lide (arts. 70-76), dá-se o mesmo. O pedido cio autor pode referir-se a bens não-individualizáveis ao tempo do despacho ("se não puder o autor individuar na petição os bens demandados", ari 286, 1), ou as consequências do ato ou do fato lícito (ari 286, II), mas advir após a citação do réu algo que sirva a individuar os bens demandados ou o bem demandado, ou que surjam outras consequências do ato ou do fato ilícito. Seria absurdo que não se permitisse ao autor o que se prevê no ari 50 ("no curso do processo"). Em nenhuma dessas hipóteses houve a omissão na

petição inicial, que obrigaria à propositura de ação distinta (artigo 294).46 Além disso, no ari 321, 2a parte, prevê-

se a demanda de declaração incidente, promovendo-se nova citação do réu, a quem será assegurado o direito de responder no prazo de quinze dias. Não se argua que o ari 321 é relativo ao autor, em caso de ser revel o réu. Seria de repelir-se que só se permitisse pedido de declaração incidente a qualquer tempo

do processo se revel o demandado. O ari 321 supõe o ari 50 e de certo modo se prepõe ao ari *325.* Se o réu foi revel, contestação não houve, e o ari 50 auxiliado pelo ari 321, é que se há de invocar. A interpretação, que anda por aí, de que o autor somente pode pedir a declaração incidente se o réu contesta, é absurda. No ari 294 alude-se ao que o autor haja omitido na petição inicial, razão por que "só por ação distinta poderá formulá-lo". Ora, declaração incidente de modo nenhum é assunto para ação distinta. Trata-se de declarar-se algo que concerne à relação jurídica que se apontou para a prestação jurisdicional e o pedido de declaração é no tocante à relação jurídica, objeto da ação. Não se pode interpretar artigo de lei sem se poder inserir no sistema jurídico.

4. Declaratividade preponderante Para que ocorra o que se prevê no ari 50, é preciso que a litigiosidade seja atinente à existência ou à inexistência da relação jurídica de que depende a decisão da lide, e não a qualquer outra espécie de eficácia preponderante. A decisão incidental apenas concerne à declaratividade preponderante. Não se há de requerer que se julgue antes a constitutividade, a condenatoriedade, a mandamentariedade ou a executividade. A decisão põe apenas como solução incidental a de existir ou de não-existir a relação jurídica, a que se atribui a eficácia constitutiva, condenatória, mandamental, ou executiva.

Pergunta-se: pode ocorrer ação incidental declarativa se a ação, em que poderia ter sido embutida, é ação declarativa? Se o outro apresentou todos os elementos do suporte fáctico para que se declare existência ou inexistência, um dos quais é um documento, o demandado que diz ser falso ou falsificado, pode pedir a declaração em ação incidental. Dá-se o mesmo se, na contestação, o demandado se referiu a algum documento e o demandante quer que, antes do julgamento da ação, se declare a falsidade ou falsificação do documento que se juntou. Se uma das testemunhas não O comentarista alude ao ari 294, na sua primitiva redação. conforme a qual, 'quando o autor houver omitido, na pedaço inicial, pedido que lhe era lícito fazer, só por ação distinta poderá formulá-lo". O ari 1ªda Lei W'8.7!8, de 14.10.93, reformulou essa norma: antes dacitação, O autor poderá aditar o pedido, correndo *à* sua conta as custas acrescidas em razão dessa iniciativa". A nova redação não prejudica o entendimento do comentarista, manifestado no texto.

poderia conhecer o que se passou, por estar no estrangeiro quando se diz que assistiu, ou não ser a pessoa que se arrolou, cabe a ação incidental declarativa. Veja nota 1) ao ari 325.

A referência da lei a ação incidental declarativa teve a vantagem de explicitar o seu cabimento.

Dificilmente, é certo, na própria ação incidental declarativa que fez litigiosa outra relação jurídica, diferente da que constava ou das que constavam da ação em que estaria embutida, é proponível outra ação incidental declarativa se as circunstâncias justificam o desembutimento.

A ação declaratória incidente permite litisconsórcio, assistência e intervenção de terceiro. O pedido de declaração incidente leva à suspensão do processo (ari 265, IV), que não pode ser de mais de um ano (ari 265, § 50) O ari 50 não cogita de ter havido contestação, mas de se ter tornado litigiosa a coisa. Pensemos na hipótese de ter sido citado, em outra ação, o autor, e o que constar do seu pedido só implicitamente ter passado a ser discutido.

Tem o autor de temer que o julgamento da existência ou inexistência da relação jurídica atinja a sua ação *(e.* g., A e B são figurantes do contrato em que A pede a prestação que lhe é devida por C, figurante do lado oposto, e B

proponha ação para que se declare a inexistência da relação jurídica entre B e C, posto que nada tenha a exigir de C, como fez A). Ai, seria absurdo que se exigisse ter havido na contestação negação da relação jurídica. Com a sentença negativa da existência, o réu na ação de A contra C poderia deduzir alegação relativa a direito superveniente. Mas A, diante da ação de B contra C ou mesmo (o que é possível) de C contra B, tem interesse em que, desde logo, se profira, na ação que propôs, a sentença incidente. Dela depende o julgamento da lide.

5. Requerimento de qualquer das partes Tal requerimento pode ser feito pelo demandante ou pelo demandado, ou por algum dos litisconsortes, ou pelo assistente litisconsorcial, ou qualquer terceiro que possa atuar como parte, como o opoente, o nomeado à autoria, o litisdenunciado, o chamado ao processo.

A revelia do réu não exclui a possibilidade do pedido de declaração incidente. A eficácia da revelia é questão a reputarem-se “verdadeiros os fatos afirmados pelo autor” (ari 319), e não concordância do réu com pedido ou pedidos do autor. Pode o réu intervir no processo, recebendo-o no estado em que se encontra (ari 322). A litigiosidade da relação jurídica existe porque, a respeito dela perdura o

litígio, uma vez que não se extinguiu o processo, e o pedido de declaração incidental é algo de confirmativo de que só se admitiu a veracidade dos fatos alegados, e não cita favorabilidade da sentença ao autor (os fatos alegados e tidos por verídicos podem não bastar).

Não se há de reduzir a legitimação do réu revel à propositura da ação incidental às espécies do curador especial, se houve citação edital ou em hora certa, que tenha vindo suscitar controvérsia sobre a relação jurídica. O que é preciso é que se não confunda com a litigiosidade da relação jurídica (ari 50) com a contestação pelo réu (ari 325), pressuposto apenas para pedido de declaração incidental feito pelo autor, nem, *a fortiori* com o terem-se por verdadeiros os fatos afirmados pelo autor (ari 319) ou presumirem-se verdadeiros os fatos não impugnados pelo réu (ari 302).

6. Ação declarativa incidental A ação declarativa incidental tem grande função na fixação do alcance da coisa julgada. Como se sabe, a sentença somente produz coisa julgada no que defere ou indefere o pedido aquilo que somente concerne a relações jurídicas. Se se quer obter decisão que tenha eficácia de coisa julgada sobre a relação jurídica, a que se aludiu e de que dependeria a ação, mas cuja declaração não foi pedida, tem-se de incidentalmente suscitar tal decisão, o que se consegue com a ação declarativa posterior à petição inicial.

Certamente, não tem dever de propô-la o réu, nem o autor. Poderia aquele, ou esse, preferir a propositura independente, com a ação típica. Aliás, ojuiz pode, com base no ari 105, determinar a reunião dos processos, estabelecendo-se a cumulação subjetiva. A ação incidental não se confunde com o incidente de falsidade (arts. 390-393).

Para que haja demanda incidental declarativa, é preciso: *a)* que corra processo; *b)* que a decisão em tal processo assente, no todo ou em parte, em relação jurídica, que se discute no curso do processo, porém a respeito da qual não se pediu declaração de existência ou de inexistência (portanto, a relação jurídica, de que se trata, não é idêntica à relação jurídica a respeito da qual existirá, com a sentença, coisa julgada). Assim, se A pede a devolução por B de objeto em comodato, não pode B, nem A, intentar ação declarativa incidental sobre a inexistência ou a existência da dívida, pois são o mesmo a relação jurídica e o objeto do litígio. *Aliter,* se se pede a reivindicação e o réu ou o autor, incidentalmente, pede que se declare a inexistência ou a existência da relação

jurídica de propriedade.

Também éde se admitir a ação declarativa incidental se A pede a quantia q e *B,* réu, pede a declaração da inexistência da relação jurídica, ou A a declaração da existência da divida 3q.

A decisão do processo deve depender da existência ou da inexistência da relação jurídica; portanto, ser diferente a questão.

Na demanda declarativa incidental somente podem ser *partes* as pessoas que o são no litígio pendente. O assistente equiparado a litisconsorte

não pode ser parte na demanda declarativa incidental, porque há de receber o processo na situação e limites de eficácia em que se acha. Salvo razão própria.

A propositura da ação declarativa incidental há de satisfazer, se suscitada pelo autor, o que se exigiria à petição; se pelo réu, o que se exigiria à reconvenção .

A decisão da ação declarativa incidental é parte formal da sentença no processo, ou é sentença parcial.

O juiz da causa principal é que é competente para conhecer e julgar da ação declaratória incidental (ari 109). No ari 110, diz que, se o conhecimento da lide depende necessariamente da verificação da existência de fato delituoso, pode o juiz mandar sobrestar no andamento do processo até que se pronuncie a justiça criminal (ari 110). Se a ação penal não for exercida dentro de trinta dias, contados da intimação do despacho de sobrestamento, cessa o efeito, decidindo o juiz cível a questão prejudicial (ari 110, parágrafo único).

No Código de Processo Penal, ari 92, refere-se à prejudicialidade do juízo civil quanto ao criminal se sobre estado civil da pessoa. Há a suspensão até que se resolva no juízo civil, com o trânsito em julgado. Também o ari 93 prevê que não se trate da questão de estado civil da pessoa e tenha sido proposta no juízo civil; então, pode o juiz criminal, desde que a questão seja de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite, suspender o curso do processo, após a inquirição das testemunhas e a realização de outras provas de natureza urgente.

Ari 6<> Ninguém poderá pleitear, em nome próprio ‘), direito alheio 3), *salvo*

quando autorizado 4) por lei 2) 1.Nome próprio e causa própria Quem exerce ação em causa própria o faz em nome do titular do direito, que lhe conferiu tal poder; não exerce, em nome próprio, direito alheio. Compreende-se que só a lei possa estabelecer que alguém exerça, em nome próprio, direito alheio. A titularidade do direito é que leva à pretensão e à ação, de direito material, e à "ação", remédio jurídico processual. O que o ari 60 estatui é que não pode dizer que tem direito, pretensão e ação quem não é titular do direito e, pois, também não o é da pretensão e da ação; mais ainda: não pode exercer a "ação", qualquer que seja a espécie, como se titular fosse, mesmo admitindo que o direito é alheio.

Ao exercer a pretensão à tutela jurídica, o autor alude a alguma regra jurídica ou a algumas regras jurídicas, que o juiz tem de aplicar ou dizer que tem de ser aplicada, ou que não pode ser aplicada. O que o Estado prometeu foi a tutela jurídica, razão por que o juiz pode proferir sentença favorável ou desfavorável. No ari 60, atende-se aque tanto exerce a pretensão à tutela jurídica o autor como o réu, porque esse é chamado a angularizar a relação jurídica processual. Daí não ser inadequada a expressão "pleitear", porque tento está no pleito o autor como o réu e quem a algum deles se equipara. Quem pleiteia diz qual o direito que tem ou diz que outrem não tem. A existência ou inexistência de um direito, ou de uma pretensão, ou ação, é de tal relevância que o interesse jurídico pode consistir na simples declaração positiva ou negativa. Ao empregar "pleitear" alude a lei a quem é parte no processo, mas, ao referir-se a "direito alheio", desce ao plano do direito material. A regra é a de serem autores, na lide, os que têm direito material. O que se quer saber é se, no caso de alguém não ser titular do direito (no sentido de direito material) pode sem estar presentando ou representando alguma das partes pleitear em nome próprio. Não é titular do direito, mas entende-se que pode pleitear (o marido, nas ações relativas a bens dotais, Código Civil, ari 289, III).

No ari 289, 1, atribui-se ao marido direito material de administrar os bens dotais; no ari 289, II, perceber, como eficácia de direito material, os frutos dos bens dotais; no ari 289, III, dá-se lhe a legitimação, ativa e passiva, processual, para usar as ações judiciais a que derem lugar (ações, entenda legitimação, ativa e passiva, processual).

Não houve "substituição": houve atribuição, conferimento de estado em processos (a *Prozesstandschai*, de que falou Josef Kohler). O marido funciona

em nome próprio, e não substitui a mulher. Ela não tinha, talvez, esse direito; pode até acontecer que o negócio jurídico haja estabelecido a reversão ao dotador (ari 283).

Na ação de mandado de segurança o titular de direito certo e líquido que proveio de direito, adquirido em condições idênticas, por terceiros pode impetrar o mandado de segurança a favor do direito originário, se o seu titular não o fez em prazo razoável, se notificado foi judicialmente (Lei n0 1.533, de 31 de dezembro de 1951, ari 30) É algo de legitimação ativa processual.

O que se estatui, no ari 60, é que somente, se a lei autorizou pleitear, em nome próprio, direito alheio, alguém pode fazê-lo. Não se trata de representação ou de presentação; mas sim de legitimação processual.

No ari 60 fala-se de "pleitear" o que evita falar-se de ação sem se precisar tratar-se de ação de direito material ou de ação de direito processual. O que em verdade nele se estatui é que, de regra, só o titular do direito, pretensão ou ação (portanto, o legitimado no campo do direito material), éque pode exercer a pretensão à tutela jurídica e suscitar o remédio jurídico processual. O direito, a pretensão e a ação podem ser quanto à posse, e não quanto à propriedade, mas isso de modo nenhum retira ao possuidor a sua legitimação de direito material. Pode acontecer que proponha a ação de vindicação de que se fala no ari 907 e seja favorável a sentença, mas advenha ação do proprietário contra o que fora vencedor na ação de possuidor injustamente desapossado. Houve *legitimatio ad causam e legitimatio ad processum,* mas, se o autor da ação não era proprietário, a *causa* (no sentido de *legitimatio ad causam)* fora outra que a daquele que é proprietário. Seja como for, o proponente de ação regida pelo ari 907, seja possuidor ou possuidor e proprietário, age em nome próprio. Dá-se o mesmo se apenas tem atença, a despeito de só se referir quem foi "injustamente desapossado".

Na espécie do ari 289, do Código Civil, relativa a bens dotais ("Na vigência da sociedade conjugal, é direito do marido: III. Usar das ações judiciais a que derem lugar"), não se há de pensar em simples *legitimatio adprocessum:* é titular da ação de direito material e entra em juízo em nome próprio.

2. Lei e exercício de direito alheio em nome próprio Só a lei pode dizer que B tem legitimação para, no próprio nome, pleitear a favor de direito de C, que está

sendo negado por A. As vezes, a lei leva em consideração circunstâncias estranhas ao processo; isto é, no plano do direito material; outras vezes, apenas atende aque algo ocorreu, na litispendência, que bastou para a sugestão de técnica legislativa relativa à habilitação de pessoa, que não éo titular do direito, para exercer em nome próprio a função de figurante do processo.

No ari 60 há a ressalva nos casos em que a lei autoriza o terceiro a pleitear quanto a direito de outrem. São exemplos: no direito material, Código Civil, ari 1 .331 (gestão de negócios alheios, segundo o interesse e a vontade presumível do titular), ari 189 (oposição dos impedimentos matrimoniais), arts. 208 e parágrafo único, 210,111, 212, 213,11 e III, e 190 (ação de invalidade do casamento), ari 365 (contestação da ação de investigação da paternidade ou da maternidade por pessoa que tenha justo interesse), arts. 447 (interdição de incapazes), 463

(curadoria de ausentes), 792 (credor com a caução de títulos), 931 (terceiro que paga a divida em seu próprio nome), 1.098 (estipulação em favor de terceiro e ação para que se cumpra a obrigação). O principio do ari 60 é observado nos arts. 62 e 63 (nomeação à autoria) e 70, 1 e II (denunciação da lide).

3. Direito de outrem e pleito Para que se possa pleitear quanto a direito alheio, é preciso que tenha havido outorga, negocial ou legal, de poderes de presentação ou de representação. Isso não significa que o titular do direito não possa dar a alguém procuração em causa própria. A procuração em causa própria é instituto que existe no direito brasileiro, e existiu, em todos os tempos *(Tratado de Direito Privado,* Tomo XLIII, §~ 4.699 e 4.700). Mas o procurador em causa própria não exerce ação em nome próprio. Procuração em causa própria não transfere propriedade ou posse, nem é cessão de direito de crédito. Continua a procura; portanto, o direito alheio, em nome do titular. O procurador em causa própria gere os seus interesses próprios, embora, no exercício dos poderes, pratique atos em nome de outrem. Só lei especial pode atribuir a alguém o poder de exercer a pretensão pré-

processual e a processual em nome próprio.

4. Invocabilidade da regra jurídica Para a invocabilidade do Ari 60, é preciso que haja os dois pressupostos: ser alheio o direito e o exercício do pleito ser em nome próprio. Há casos em que se exerce, em nome alheio, ação referente a

direito próprio, ou em que o direito alheio e o exercício também o é. A regra jurídica do ari 60 só atinge a ação sobre direito alheio, que alguém haja de executar em nome próprio.

A ação popular para decretação de nulidade, ou anulação de atos de qualquer dos Poderes (Legislativo, Judiciário ou Executivo) é ação desconstitutiva negativa; mas a lei pode juntar à força eficacial desconstítutiva elemento executivo, que venha como eficácia imediata e permita, por exemplo, sequestro ou perdimento dos bens, por enriquecimento ilícito do funcionário público.

A ação popular que alguém propõe para a decretação de invalidades de atos lesivos ao patrimônio de entidades estatais, autárquicas e paraestatais, ou de economia mista, ou outras entidades tidas como públicas, é ação quanto a direito alheio, mas exercida em nome próprio. Diz o ari 153, § 31, da Constituição de 1967, com a Emenda n0 1:

“Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas

47Exemplo da .*substituição processual* de que trata o ari *60* encontra-se no art .5”, Lxx, 6, da Constituição de 1988. onde se atribui legitimidade à organização sindical, entidade classe, ou associação legalmente constituída e cio funcionamento há pelo item cujo ano 1lsra impetrar mandado sua segurança coletivo. evidentemnente em nome próprio, mas em defesa dos interesses dos seus emubros ou associados. O comentarista critica o nome .*substituição* processual no comentário 3) ao cap. 1 do tít. II. 48Vd. o ari 50 cxxiii da Const. 88, como redação mais abrangente.

A ação é *constitutiva negativa*, razão por que seria melhor dizer-se “a anulação ou a decretação da nulidade”, em vez de se falar de “declaração” de nulidade, expressão viciosa. Ato nulo não se declara nulo; ato nulo é, existe, embora nulamente (= eivado de nulidade): ato nulo ou anulável desconstítuí-se A ação intentada pelo que, depois, perdeu os direitos políticos, ou a que foram suspensos, pode ser continuada por outro Brasileiro que deles não esteja privado ou a que não se suspenderam. Idem, em caso de morte, ou ausência julgada de acordo com a lei.

A regra jurídica constitucional é bastante em si (2~ Câmara Cível do Tribunal de

Justiça do Paraná, 6 de dezembro de 1949, *Paraná].*, 51, 318). A 4~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 16 de junho de 1949 *(R. dos T.*, 181, 826), decidiu que só as pessoas físicas, e não as jurídicas, inclusive os partidos políticos, podem exercer a ação popular. “Qualquer cidadão”, disse o texto constitucional. A 3~ Câmara Civil (27 de março de 1950, *R. dos T.*, 186, 648) foi além: exigiu ser eleitor, o que não se justifica.

contra credores, ou porque resulte de texto de lei dependente de anulação a desconstituição do negócio jurídico. No mesmo sentido, a ja Turma do Supremo Tribunal Federal, a 5 de novembro de 1954 *(D. da J.*, de 29 setembro de 1958).

Há ainda a ação popular especial concernente à decretação de invalidade de ato de naturalização (Lei n0 818, de 18

de setembro de 1949, ari 35, ~ j0)49, pode ser proposta por cidadão brasileiro. Bem assim, a ação de seqUestro e perda dos bens de servidor público, que enriqueceu ilicitamente (Lei n0 3.502, de 21 de dezembro de 1958, ari 50, §

20)50, em que é citada a pessoa jurídica de direito público ou privado que é interessada.

Quem exerce a ação de interdição de outrem tem direito a isso; não há, ai, direito alheio. Bem assim, em se tratando de curadoria de pródigo. O direito, ai, é direito próprio, e não alheio.

As pessoas jurídicas *afortiori,* entidades não personificadas não têm legitimação à propositura da ação popular, que é derivada do *direito político.* Nem mesmo partido político.

Na interpretação da regra jurídica constitucional entende-se: ou *a)* que foi criada invalidade dos atos estatais por *lesividade ao patrimônio da União, ou dos Estados-membros, ou dos Municípios, ou das entidades autárquicas, ou das sociedades de economia mista;* ou *b)* que apenas se dilatou a legitimação ativa, para as ações de nulidade ou de anulação. Se *a),* bastaria que o ato fosse lesivo, para que nulo fosse, ou anulável. Se *b),* é de mister que haja a nulidade ou a anulação, segundo os princípios, para que se possa propor a ação popular.

O ato a que a regra jurídica constitucional se refere pode ser *nulo,* ou por ser

ilícito ou inegociável o objeto do negócio jurídico, ou por defeito de forma, ou pela falta de algum pressuposto que a lei repute essencial à validade, ou por haver *lex specialis* que dê a sanção de nulidade. Tratam-se as ineficácias como se tratam as nulidades, isto é, aqueles casos em que faltam poderes.

A *fraude à lei* tem a sanção da nulidade.

O ato a que se refere a regra jurídica constitucional pode ser *nulo,* ou *anulável,* ou ter havido erro, ou dolo, ou coação, ou simulação, ou fraude Vd. Const. 88. ari 12, ~ 40 leLei 006.815, de 19.8.80. arts. III, ~ 10e20.e 119, que faz legítimo qualquer do povo para impugnar o processo de naturalização, o que se pode fazer tamnbémn judicialmente (Const. 88. ari 50 xxxv). 50 Vd. Const. 88, ari 50 LXxlíí, e Lei 4.717, de 29.6.65, arts. 60e 14 ~ 40

1. Processo

(1)Processo, de *procedere* (procezdo), ir dali para frente, é fato em seguimento, em que não há referência necessária afim, porque há processos, químicos e biológicos, em que oflm não aparece. Pode haver apenas *alcance* ou *objetivo.* No sentido jurídico, nele há série de ações humanas, que entre si se prendem, para se atingir determinado fim, que é a prestação jurisdicional, ou administrativa, ou legislativa, pelo Estado, ou mais largamente por entidade jurídica. *Lis, iudicium, iurgium* eram os termos usados no direito romano: *lis* é luta *(lucta,* luita, luta); *iudicium* é dicção do direito (o *íudex* diz o *ius); iurgium* é disputa jurídica *(iurgo é iusigo).* A função do Estado, através do Pretor, era até a *litiscontesta tio* (procedimento *in iure).* Somente depois, aparecia a figura do *iudex* (procedimento *apud iudicem).* Percebe-se a transição entre a *justiça de mão própria* e *ajustiça estatal,* que só veio depois: era o *iudiciumprivatum,* forma mista, intercalar, dependente da vontade das partes, já manifestada perante a autoridade estatal. No procedimento *in iure* punha-se em fórmula a controvérsia. A invocação que fora só pelas partes passou a ser pelo magistrado.

Processar é pôr em seqUência atos e atividades, para que se atinja algum fim. No processo jurídico, o que se tem por fito é a decisão, sentença ou acórdão. Pode acontecer que, no tocante ao conteúdo do julgamento, apenas se insira a extinção do processo. Não se pode dizer que, se não se julga o mérito, julgamento não haja. O direito processual é direito quanto ao processo, algo que apenas traça roteiro, com a previsão do que pode acontecer. Rege o processo o modo pelo

qual, no que concerne aos atuantes interessados e aos órgãos estatais, se inicia, se desenvolve e se extingue. Os estudos dos seus conceitos, realizações e eficácia levam a pesquisas de via científica.

Por outro lado, a interpretação das regras jurídicas processuaís vem do sistema jurídico em si, e não se pode dizer que é parte do direito processual: está por cima.

Como todos os ramos do Direito, o Direito processual incide no espaço e no tempo. Há o direito processual estatal, o direito processual supra-estatal e o interestatal. Dentro de um Estado pode ser uno, como é hoje o direito processual civil brasileiro, ou corresponder, como fora no começo da República, plural (cada Estado-membro legislava no tocante ao processo civil). Os Estados-membros organizam as suas Justiças e o direito processual civil, que é feito pela União, mesmo nas regras jurídicas sobre competência atende ao que, dentro das regras jurídicas constitucionais, se estabelecem nas organizações judiciárias estaduais.51

O Direito processual civil ou penal, é direito público. Se em lei de direito processual se insere regra jurídica de direito privado, isso não a publiciza. Apenas ocorre heterotopia. Aliás, às vezes acontece que se põe em lei de direito privado regra jurídica de direito processual.

As regras jurídicas que se têm de considerar de direito processual civil podem estar em Código, que é agregação das regras jurídicas com certa unificação, ou em suas Consolidações, a que se confere a eficiência informativa sem que se haja contado, no tempo, o que existe. Nos Códigos, mesmo que a regra jurídica da legislação anterior seja a mesma que se lançou, tem-se de atender a que se legislou e não a que se consolidou.

(II) Processo civil, no sentido do Código de Processo Civil, que é o do ari 80, XVII, *b*, da Constituição de 1967, com a Emenda n0 152, como estava no ari 50, XV, *a)*, da Constituição de 1946, *verbis* “direito processual”, é o procedimento regulado por lei ou outra fonte de direito, para a realização do direito, mediante declaração, constituição, condenação à prestação, mandamento ou execução ou asseguração de direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções, para que exerçam as pessoas pretensão à tutela jurídica perante o Poder Judiciário ou juizes arbitrais, em matéria de interesse não-penal.

(III) A palavra “processo” serve, às vezes, para se aludir ao procedimento, sem se exigir que somente haja a relação jurídica processual, a que corresponde. Nesse sentido diz-se que *a ação* e a reconvenção correm no mesmo processo (Código de Processo Civil vigente, ari 315).

A cada momento se empregam as expressões “processo”, “pleito” e “litígio” como sinônimos perfeitos. Advirta-se, porém, em que não há litígio, necessariamente, em todos processos civis, nem, sequer, controvérsia O ari 24, XI, da Const. 88 outorga competência à União, aos Estados e ao Distrito Federal para legislar, concorrentemente. sobre procedimentos em matéria processual. 52 Const. 88, arts. 22, 1 e 24, Xl. . Por outro lado, casos há em que, nos processos em que pode haver litígio, a concordância inicial do demandado afasta qualquer disputa. Demais disso, fora do processo, podem as partes resolver, por ato jurídico declarativo, ou por transação, ou remissão, as controvérsias que há ou é possível que surjam entre elas.

Outro ponto que convém referir-se: por vezes se fala de processo como se cogitasse de ação (de direito material), o que leva a confusão; por exemplo, “processo executivo”, processo cautelar, em vez de “processo de ações executivas”, “processo de ações cautelares”.

Processa-se a “ação” de direito processual, em que se alega haver o direito, a pretensão e a ação (de direito material).

2. Pretensão à tutela jurídica

(1) Desde que o Estado eliminou e proibiu a justiça de mão própria, monopolizando a distribuição da justiça, salvo pouquíssimas exceções àquela eliminação (a propósito da imediata mantença ou restituição, em caso de turbação ou de esbulho de posse) ou a esse monopólio *(e. g.*, juízo arbitral), tinha de prometer e assegurar a proteção dos que precisassem de justiça, isto é, prometer e assegurar a *pretensão à tutela jurídica.* Toda técnica legislativa, administrativa e judiciária se empenha no cumprimento desse propósito. Com isso, o Estado realiza o direito objetivo e pacifica. O Poder Judiciário foi criado para isso e o processo judiciário tem por fim organizar a provocação e a prestação de justiça. Se a incidência das regras jurídicas, criando os direitos, os deveres, as pretensões, as obrigações, as ações e exceções, bastasse à realização da justiça, não se precisaria da justiça privada, nem da justiça estatal. Mas a

incidência só se passa no mundo do pensamento, embora impecavelmente aconteça; e os homens e o próprio Estado nem sempre apreendem, em seus pormenores, em sua inteireza, aqueles direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções razão por que se tem de proceder à aplicação *(ad, plicare,* pôr nas dobras, *plica,* provavelmente depois de abri-las, de *ex-plicare),* quando à incidência não corresponde a realidade da vida. Tal aplicação, que foi privada, e, depois, *iudiciumprivatum*, se fez estatal, ou se conservou justiça de mão própria ou arbitral onde o Estado o permitiu.

(II) Seria absurdo tentar-se fundir a pretensão que nasce do direito civil ou de outro ramo do direito material e a *pretensão à tutela jurídica,* se bem que o Estado enuncie que a todo titular daquela corresponda a titularidade dessa. Tem pretensão à tutela jurídica quem foi ofendido pelo passante da rua, embora venha esse a provar, em suas alegações, que, exercia, regular-mente, direito seu.

(III) Ao longo da História, não se podem eliminar as épocas em que o Estado não tinha a função de julgar ou em que apenas integrava a forma das escolhas de juizes, ou dos compromissos. Quando monopolizou a justiça, prometeu prestá-la a quem a tivesse, e também isso não se pode eliminar. Não depende da opinião dos juristas existir, ou não, a pretensão à tutela jurídica. Se não existisse, não teria o Estado o dever de julgar; e tem-no. Tem mais: tem a obrigação de julgar, se alguém exerce o direito correspondente àquele dever.

O conteúdo e a finalidade da pretensão à tutela juridica, que é de direito público, consistem na obtenção da tutela jurídica. Dirige-se contra o Estado, quer a exerça o autor, quer o réu. Se o réu atende ao pedido do autor, extingue-se a pretensão ou a ação de direito material, e apenas fica sem objeto a pretensão à tutela jurídica e, portanto, a pretensão processual, que nasceu do exercício dela. Não se dirige contra o demandado, se dela é titular o autor, nem contra o demandante, se dela é titular o réu; nem contra o demandante e o demandado, se dela é titular o terceiro. Só se satisfaz a pretensão à tutela jurídica se o Estado faz a prestação jurisdicional prometida. Por outro lado, a pretensão à tutela jurídica pode existir ainda onde não se trate de pretensão a sentença de condenação, ou com carga forte imediata ou mediata (4, ou 3) de condenatoriedade. Aqui, graças à classificação das ações pela eficácia preponderante, atendendo-se aos demais elementos da carga eficacial, podemos evitar, por impreciso, dizer o que escapou a Leo Rosenberg *(Lehrbuch,* 5a ed., 401) quando escreveu que a pretensão serve de base a todo procedimento, ao passo que a pretensão de direito material só às

demandas de condenação e assim por diante.

Os pressupostos da tutela jurídica somente podem ser os pressupostos para que o Estado tenha de julgar, não os pressupostos para que tenha de julgar favoravelmente ao autor ou ao demandado, ou ao terceiro, que foi contra o demandante e o demandado. Porque, se se chega até aí, se misturam pressupostos da tutela jurídica com pressupostos da pretensão de direito material.

Os argumentos maiores dos que negam a existência da pretensão à tutela jurídica são os que consistem em que se procurar apagar a diferença entre os pressupostos processuais e a pretensão à tutela jurídica com a alegação de não se terem de examinar aqueles e essa, no tocante à possibilidade da sentença de fundo. Se falta algum daqueles, ou essa, não se pode decidir o mérito (cf. Adolf Wach, *Der Feststellungsanspruch,* 26; Georg SchUler, *Der Urteilsanspruch,* 46 e 73). Mas o valor de tais argumentos e nenhum, porque os pressupostos da tutela jurídica têm de vir, conceptual-mente, antes dos pressupostos processuais e são, por isso mesmo, também eles, pressupostos processuais. Não há exigência pré-processual que não seja também processualidade. Dai a indiferença prática, que se alardeia, entre pressupostos da tutela jurídica e pressupostos processuais. Não há processualidade sem se haver admitido a pré-processualidade; pois a própria pretensão processual é efeito do exercício da pretensão à tutela jurídica.

Os que reconhecem o que contribuiu a concepção da pretensão à tutela jurídica para livrar o direito processual dos liames à privatistica e falam do conceito de necessidade da tutela jurídica como indispensável, ou caem em superada teoria do direito público, anterior à revelação dos direitos públicos subjetivos e das pretensões de direito público, ou mal encobrem a pretensão à tutela jurídica que eles confundem com o efeito do seu exercício, a pretensão processual. Não se trata de expediente simplesmente construtivo.

Quando se acrescenta o adjetivo “favorável” a “sentença”, nas expressões “pretensão à sentença favorável”,

“prestação de sentença favorável”, falseia-se o conceito de pretensão à tutela jurídica, porque *(a)* o Estado não prometeu sentença favorável, prometeu sentença, prestação jurisdicional, *(b)* tanto o Estado não prometeu sentença favorável que autor e réu, ou autor, réu e terceiro têm a pretensão à tutela

jurídica, *(c)* quando o Estado decide desfavoravelmente não nega que se tivesse e se haja exercido a pretensão à tutela jurídica, nem nega que tivesse sido admissível e admitida a pretensão processual. Os inimigos da pretensão à tutela jurídica aproveitam, para as suas criticas, essas confusões.

(a) Quanto à *capacidade para ser parte,* estão de acordo em que se considere pressuposto pré-processual (portanto, inerente à pretensão à tutela jurídica) Konrad Hellwig *(Klagrecht und Klagmõglichkeit* 63 s.), James Goldschmidt (Materielles Justizrecht, *Festgabefur* Bemhard HUbler, 19) e Georg Schúler *(Der Urteilsanspruch,* 33 s.).

(b) Quanto à admissão da ação de pretensão futura, cumpre que se observe de inicio o que se passa nos fatos: *a)* o conceito mesmo de pretensão futura implica que não há, no direito material, pretensão à prestação, pois o que só será futuramente ainda não é, agora; *b)* não há pensar-se em ação de direito material, porque, *ex hypothesi,* não há ação, e excepcionalmente se admite "ação" (de direito processual); *c)* a "ação" (de direito processual) provém do exercício da pretensão à tutela jurídica, portanto é no plano da pretensão à tutela jurídica que se tem de pôr o problema da criação da ação de prestação futura.

Não existe pretensão de alguém a que o Estado julgue favoravelmente; nem a atitude do Estado, em sua tarefa geral de tutela jurídica, há de ser interpretada como indiferente à existência, ou não, da pretensão à tutela jurídica: se bem que haja casos em que o juiz, de oficio, ou por provocação do Ministério Público, realiza a tutela jurídica, independentemente do exercício da pretensão à tutela jurídica, por parte do interessado, a máquina judicial de ordinário só se move por ato dos titulares da pretensão à tutela jurídica.

Argumenta-se que o demandado somente poderia ter pretensão à tutela jurídica depois de exercer o autor a sua, de modo que não seria pré-processual, mas processual a pretensão (Leo Rosenberg, *Lehrbuch,* 5a ed., 401). Mas sem razão. Primeiro, a pretensão à tutela jurídica existe antes de ser exercida, como toda pretensão. Segundo, a pretensão à tutela jurídica, por parte do demandado, existe ainda que não se exerça, porque *Jura novit curia.* O

Estado, pelo órgão judicial, tem o dever e a obrigação de *aplicar* o direito e, pois, de atender ao pedido. A sentença pode ser favorável, ou não. Quer o seja, quer o não seja, com ela cumpre o Estado o dever de entregar a pretensão

jurisdicional, a que correspondem o direito e a pretensão à tutela jurídica, e a obrigação de entregá-la, que se estabeleceu com o exercício da pretensão à tutela jurídica e, pois, com o nascimento da pretensão processual.

Quando nasce a pretensão processual, o Estado assume a obrigação de decidir sobre o fundo, o *mérito;* mas, se falta algum dos pressupostos processuais, o juiz resolve sobre esse nascimento, e não sobre a pretensão à tutela jurídica.

Dai poder e dever dizer que a "ação ~~ e ínadmissivel.

(IV) São pressupostos da pretensão à tutela jurídica:

1.A *capacidade de ser parte,* porque a pessoa *que não existe ou que ainda não existe,* não pode ser titular de pretensões, portanto, não tem pretensão à tutela jurídica. Só a lei pode cogitar da tutela jurídica excepcional, cuja construção nos tem preocupado muitas vezes, dos nascituros e das pessoas jurídicas em formação.

II.A *admissão da ação de prestação futura,* ou de reclamação de prestações periódicas, inclusive em se tratando de ações assecuratórias, porque é a tutela jurídica que está em causa, não é, ainda, o direito material, o pressuposto da favorabilidade da sentença, nem pressuposto processual.

III.A *necessidade da tutela jurídica* (interesse).

A pretensão futura não é dotada de ação (não contém ação), porque ainda não é pretensão e, não sendo pretensão, ação não poderia conter. Em

todo caso, há ação de prestação futura, se satisfeitos certos pressupostos. *A fortiori,* se se trata da pretensão sujeita a termo ou condição suspensiva, que, em nosso direito, não é pretensão presente: é futura, como acontece com os direitos. Naturalmente, não se trata do negócio jurídico: esse existe. A condição, de que se trata, concerne à eficácia (direito, pretensão, ação, etc.). Enquanto pende a condição suspensiva, o efeito querido não se produz; a vinculação é outra coisa, de modo que pode haver direitos ligados a ela e, por definição, os há *(e. g.,* não pode haver revogação). Não se hão de confundir o direito futuro, ou pretensão futura, e o direito expectativo (direito a adquirir o direito quando cumprida a condição), a que a lei pode juntar ações. Por outro lado, pode ocorrer a ação de

prestação futura, condenatória, alhures estudada nesta obra.

Tem-se dito, em contrário, que o exercício da pretensão como exigível no futuro só é admissível em casos excepcionais e se trata, sempre, de pressuposto processual, que se deve examinar de oficio, tendo o autor (ou reconvinte) o ônus da prova; ou que a existência da ação de prestação futura somente é ligada ao direito material.

A ação de prestação futura pode ser proposta ainda que a prestação dependa de contraprestação, como se dá no caso de aluguéis. Não se exige, tampouco, que também se peça prestação já vencida (Leo Rosenberg, *Lehrbuch,* 5a ed., *365),* ou em dinheiro, de modo que não se há de permitir interpretação de regra jurídica que pré-exclua a ação de prestação futura:

reputa, nas espécies de que trata (prestações periódicas), incluso o pedido de prestações futuras.

A pretensão à omissão dá ensejo a ação de prestação futura (Stein-Jonas-Schõnke, *Kommentar,* nota 99 ao § 253; *Tratado de Direito Privado,* V, § 627, 2; A. Stephan, *Die Unterlassungsklage,* 63 s.), porque, ainda que não haja discriminação de tempo, a obrigação de prestação de omissão po~ie vir a ser violada (sem razão, Friedrich Stein, *Ober die Voraussetzungen des Rechtsschutzes,* 33 s.; Konrad Hellwig, *Anspruch und Klagrecht,* 388 s.; Flad, Von der Unterlassungsklage, *Jherings Jahrbiicher,* 70, 350; Leo Rosenberg, *Lehrbuch,* ~a ed., 366).

A ação de prestação futura é "ação" de condenação, que a lei permitiu a despeito de ainda não existir a ação. A tutela confere-se excepcionalmente, por ocorrer *ratio legis* que se impôs ao legislador. Está em causa a pretensão à tutela jurídica, de modo que se há de julgar admissível ou não a demanda. O exame do fundo levaria, sempre, a se reputar improcedente, se a ele tivesse de tocar a resposta. Quanto à espécie, apenas se há de apreciar se o direito e a pretensão, *in casu,* lograram compor o suporte fáctico da *lex specialis.*

(c) Quanto à *necessidade da tutela jurídica,* isto é, quanto ao interesse nela, todos os sustentadores da existência de pretensão à tutela jurídica estão de acordo. Os que combatem o conceito discordam quanto à classificação da necessidade de tutela jurídica; uns a têm como pressuposto processual; outros,

como pressuposto do fundamento da demanda (= mérito).

Quanto à admissibilidade da viajudicial e quanto àjurisdição nacional sobre o demandado, consideram-nas pressupostos de tutela jurídica Konrad Hellwig *(Klagrecht und Klagmõglichkeit,* 63 s.), James Goldschmidt (Materielles Justizrecht, *Festgabe flir* Bernhard HUbler, 19) e Georg SchUler *(Der Urteilsanspruch,* 33 s.).

A admissibilidade da via judicial não é pressuposto pré-processual. Trata-se de requisito processual, porque o Estado promete a tutela jurídica, mas é outro ramo do direito que distribui a competência dos órgãos estatais, em regras de sobredireito. Se a tutela jurídica há de ser assegurada judicial, administrativa, ou legislativamente, a regra jurídica é sobre competência, e não sobre existência, ou inexistência, da pretensão à tutela jurídica.

Bem assim, o pressuposto da jurisdição nacional sobre o demandado (sem razão, Georg SchUler, *Der Urteilsanspruch,* 33 s.). É a distribuição da competência estatal que está em causa.

Pela mesma razão, não é pressuposto pré-processual a inexistência de compromisso arbitral (sem razão, Georg SchUler, *Der Urteilsanspruch,* 33 5.):

trata-se de requisição de competência; nem no é o não haver litispendência, ou coisa julgada. Todos esses requisitos são pressupostos processuaís.

Todas as regras sobre poderes e todas as regras de sobredireito do direito processual são regras de direito processual *lato sensu,* e são regras sobre pressupostos pré-processuais. Ser de sobredireito não é ser de direito *anterior* ao direito sobre que versa a regra de sobredireito, é ser por cima desse direito para o determinar, no espaço, no tempo ou em sua interpretação. As regras de competência judiciária, administrativa ou legislativa são o primeiro requisito da própria competência *processual* de que se cogita. Quando o juiz se diz competente *ratione loci,* ou *ratione materiae,* implicitamente já se disse competente como juiz.

Problema delicado, mas para o qual não tem havido precisão nos argumentos para se chegar a conclusões seguras, é o que concerne às regras jurídicas de direito constitucional, ou de direito público ordinário, que distribuem as

competências dos órgãos estatais conforme os poderes (Poder Judiciário, Poder Executivo, Poder Legislativo). Não é nas leis de processo que se sói inserir o que delimite a função da Justiça e a dos outros poderes, e daí ter-se pensado na pré-processualidade de tais regras jurídicas. A

questão apresenta-se com diferentes formas e em diferentes termos: *(a)* A regra jurídica que diz caber à autoridade administrativa a cognição de determinada questão (e não, ou ainda não, ao Poder Judiciário) é pré-processual? *(b)* A admissibilidade da via judicial e a jurisdição nacional são elementos da pretensão à tutela jurídica ou pressupostos processuais?

São tentados os juristas a ver nas regras jurídicas que estão *acima* das regras jurídicas processuais, regras que se referem a pressupostos pré-processuais. Mas o engano facilmente se desfaz. As regras jurídicas sobre competência dos poderes públicos (judiciário, executivo, legislativo) são regras que vêm *antes* das regras jurídicas que, após elas, determinam a competência intrajudiciária, intra-executiva, ou intralegislativa dos órgãos estatais, mas isso de modo nenhum estabelece a situação de pré-processualidade e de processualidade. Tais regras jurídicas são prévias em relação às outras regras jurídicas que distribuem a competência recebida, porém não pré-processuais. Não são antes do processo; são antes das regras jurídicas de competência, formando todo. O processo, tendo por fim aplicação do direito, tem de atendê-las, como regras de competência. As regras de direito processual internacional e as regras de direito intertemporal do direito processual são regras de sobredireito do direito processual, porém de modo nenhum regras de direito pré-processual. Dá-se o mesmo com as regras de interpretação e fontes do direito processual. São regras de sobre direito, porém não regras de pré-direito processual, ou regras jurídicas pré-

processuais. Quando se atende a regra de direito processual, já se atendeu ao seu sobredireito, mas simultaneamente. Não é o mesmo o que se passa com a pretensão à tutela jurídica: a verificação da existência da pessoa física ou jurídica, ou da excepcional pretensão à tutela jurídica antes do nascimento daquela ou dessa, é pré-

processual, e não processual; bem assim a verificação da tutelabilidade da pretensão ou da ação futura ou da necessid4de da tutela jurídica.

Não existe pretensão de alguém a que o Estado julgue favoravelmente; nem a atitude do Estado, em sua tarefa geral de tutela jurídica, há de ser interpretada como indiferente à existência, ou não, da pretensão à tutela jurídica: se bem que haja casos em que o juiz, de ofício, ou por provocação do Ministério Público, realiza a tutela jurídica, independentemente do exercício da pretensão à tutela jurídica, por parte do interessado, a máquina judicial de ordinário só se move por ato dos titulares da pretensão à tutela jurídica.

Se o fim que teria a "ação" do autor, ou o pedido do réu, em defesa ou em reconvenção, *tem de ser satisfeito* pelas autoridades administrativas, das quais depende *(e. g.,* se o Estado chamou a si pagar os salários do trabalhador despedido, ou entregar casa ou alojamento aos locatários que vão ser despejados), a via judicial está condicionalmente pré-excluida ou excluida (cf. Adolf Schõnke, *Das Rechtsschutzbediirfris,* 25 5.); isto é, salvo se as autoridades administrativas se negam a atuar, ou se não mais seria oportuna a sua atuação.

Algumas vezes as leis abrem a via judicial se já houve resolução na via administr~tiva *(e. g.,* Lei n0 1.533, de 31 de dezembro de 1951, ari 50, 1, sobre mandado de segurança). O ari 153, § 40 da Constituição de 1967, com a Emenda n0 1, impede que, tratando-se de direitos individuais, se remeta, exaustivamente, à via administrativa. Cf.

Emenda n0 7, de 13 de abril de 1977-53

As regras jurídicas sobre admissibilidade da via judicial são cogentes. Não pode haver acordo entre os interessados, que valha, se aumentam ou restringem a via judicial.

A verificação tem de ser para cada pretensão processual e para cada ponto do mérito (fundo da causa). A exceção de não caber a via judicial é irrenunciável; e o juiz a todo tempo pode decidir pela inadmissibilidade da demanda.

Basta que a via judicial seja admissível no momento em que se ultima o debate, quer a satisfação do requisito haja ocorrido em virtude de lei nova, quer por ter sobrevindo a resolução (prévia) administrativa, que era necessária à abertura da via judicial.

A cláusula de não se poder *acionar* ou *excepcionar,* antes de se solver a divida, é

ilegal. Somente há a regra legal a favor da Fazenda Pública, de acordo com leis respectivas; não a cláusula negocial. Violar-se-ia o *princípio de igual tratamento das partes,* além de se derrogarem regras jurídicas processuais. O surto a favor de tal cláusula é denunciador de exasperado capitalismo *(e. g.,* Itália fascista). Enrico Tuílio Liebman (Contro il patto "solve et repete" nei contratti, *Rivista di Diritto Processuale Civile,* VIII, 2~ Parte, 241-251) soube, no momento próprio (1931), denunciá-lo.

Cláusulas parecidas à cláusula *solve et repete* são os negócios cautelares que subordinam as exceções do réu ao prévio depósito *a)* da coisa, ou *b)* do preço, ou *c)* da divida do empréstimo. Tem-se de dizer que não valem. Mas vale a cláusula unilateral de depósito, se não alude às exceções. A cláusula de depósito cumulativo ou de seqUestro convencional, sem a de exclusão das exceções ou da ação, também vale. Por onde se vê que a vedação começa, não onde se restringe o uso das exceções e da ação de direito material, ou onde à restrição ao direito subjetivo, ou à pretensão de direito material, ou à ação, *mas sim onde se atinge a pretensão à tutela jurídica,* o seu exercício ou as regras de direito processual. Pode-se perder, por pacto, a exceção ou ação de direito material que se tem; porém não se pode restringir ou excluir a pretensão à tutela jurídica de exceção ou ação. O seqUestro convencional (cumulação subjetiva em negócio de guarda + obrigação a entregar a coisa seqUestrada ao que vencer a demanda), o depósito cumulativo (cumulação subjetiva + obrigação de entregar a coisa depositada aos depositantes; ou a *um* deles determinado, espécie que escapou a Francesco Camellutti, In tomo aí sequestro convenzionale, *Rivista di Diritto Processuale Civile,* VII, Parte II, 110-115).

3. Direito material e direito formal

(1) No direito processual civil e no direito processual penal há regras jurídicas de direito material, porém não devemos exagerar-lhes a significação. Destinam-se a compor ou a assegurar forma, procedimento, de modo que a sua materialidade é *interna, secundária.* Por outro lado, a supra-ordenação que há no direito processual, como direito público, cobre a todas de inconfundível destinação política (realização do direito objetivo, pacificação).

Todo processo judicial civil ou penal revela que a incidência da lei, que é automática e fatal, não bastou, ou não basta, ou não bastará. Supõe a imperfeição dos homens para a captação do que se passa no mundo do pensamento, tal como

eles mesmos conceberam. Dessa imperfeição é que deriva não se realizar integralmente o direito objetivo e haver controvérsias e dúvidas entre os homens.

(II) No processo há o procedimento, que é a série dos atos processuaís, tempo e espaço *(e. g.*, exigência de imediatidade ou de presença), quer das partes, quer dos juizes e outras pessoas que sirvam àjustiça; e há a *relação jurídica processual,* uma ou totalizada (= totalidade das relações jurídicas processuais que ocorram). A todo processo corresponde *relação jurídica processual* ou *totalidade de relações jurídicas processuais,* salvo se tal processo só tinha aparência de processo (= era inexistente) ou se é nulo.

É preciso que não se confundam as situações jurídicas que são estados particulares, durante o processo, e a relação jurídica processual, que apanha todo o processo e independe de subsistirem algumas daquelas situações. O erro de James Goldschmidt, na luta contra a concepção da relação jurídica processual, resultou, principalmente, dessa confusão.

4. Pedido e relação jurídica processual

(1) É preciso não se confundir o pedido, o *petitum*, com o direito, a pretensão, a ação ou a exceção cuja declaração, ou sanção condenatória, ou constitutiva, ou mandamental, ou executiva se pede. Não se pede a ação; pois que a ação se tem: pede-se que se declare, se constitua, se condene, se mande, ou se execute. A pretensão processual é pretensão à sentença, por se ter exercido a pretensão à tutela jurídica. Se chamamos “demanda” ao pedido de outorga da tutela jurídica mediante sentença, cumulação de ações é cumulação de demandas, e não de ações de direito material, se bem que, de ordinário, a cada ação de direito material corresponda “ação” de direito processual, pretensão processual. Quando se exerce a pretensão à tutela jurídica, exerce-se pedindo que se cumpra a promessa estatal de tutela jurídica. Tal exercício dá ensejo a que nasçam pretensões à sentença, pretensões processuais. O que se exerceu, pré-processualmente, foi a pretensão à tutela jurídica. Quem a tem ainda não tem pretensão processual: a pretensão processual depende (= nasce) do pedido. Quem tem pretensão àtutela jurídica, tem-na ainda que não a exerça. Quem a exerceu não a perde e faz-se titular da pretensão processual, pretensão ao remédio jurídico processual. Quando a Constituição de 1967, com a Emenda n0 1, ari 153, §§ 20 e ~ promete *habeas corpus* e mandado de segurança nas espécies que define, cria pretensão à tutela jurídica por meio de mandamentos,

porém somente quem impetre aquele ou esse mandado tem pretensão processual. No texto constitucional, não só se promete tutela jurídica; promete-se tutela jurídica mandamental. A qualificação da tutela jurídica não a desnatura.

A pretensão processual, ainda quando haja qualificação, somente nasce com o exercício daquela. Quando a pretensão à tutela jurídica se qualifica, diminui a margem de liberdade que tem o legislador do direito processual.

Essa diminuição pode ser obra do direito constitucional, como aconteceu com o ari 153, §§ 20 e 21, da Constituição de 1967, com a Emenda n0 1 .~

(II) Os juizes e tribunais estão no dever de administrar justiça e são obrigados a isso desde que os interessados, com pretensão à tutela jurídica,

54Const. 88, ari 5~, LXVIII, LXIX e LXX.55Vd. a nota anterior.

a exerçam. À pretensão processual, que nasce desse exercício, corresponde a obrigação de prestar ajustiça (=

entregar a prestação jurisdicional). Antes, apenas o Estado era vinculado pelo que prometera, fazendo nascer a pretensão à tutela jurídica. Se o interessado não tem pretensão à tutela jurídica, não se obriga à decisão o Estado; o juiz ou tribunal declara que não há tal pretensão, e a decisão, que dá, pré-exclui o procedimento. Praticamente, tudo se passa como se fosse processual o pressuposto porque vem antes a exigência; e a falta do pressuposto pré-

processual necessariamente é falta de pressuposto processual. Os juizes e tribunais têm de examinar o pré-

processual e o processual, para, depois, examinar o fundo da causa.

A relação jurídica processual é una e unitária; vai do começo ao fim do processo, salvo se o procedimento é julgado inexistente, porque, aí, a decisão do juiz ou do tribunal tem função de autodefesa. Juiz ou tribunal diz um

“não é”, que implica ter afastado, declaratoriamente, qualquer eficácia do procedimento.

A relação jurídica processual é uma só, até que se profira a sentença

terminativa56 e transite em julgado. Por isso mesmo é de repelir-se qualquer proposição em que apareça o conceito de relação jurídica que leva até a execução, se a sentença mesma não teve cargas de executividade que predomine ou lhe seja a de eficácia imediata.

É de grande relevância saber-se que o dizer o juiz que não cabe o procedimento ordinário, ou o especial, inclusive o executivo de títulos e o de sentença, apenas concerne à admissibilidade da demanda (pressuposto processual). Se o juiz entende que a ação, que se havia de intentar, seria para declarar, e não para constituir, ou condenar, ou mandar, ou executar, ou para condenar, e não para qualquer dos outros fins, ou para constituir, e não para qualquer dos outros fins, ou para mandar, e não para qualquer dos outros fins, ou para executar, e não para qualquer dos outros fins, houve impropriedade de "ação", no sentido do ari 250. Se, examinando o caso, o juiz decide que não tem o autor o direito, a pretensão ou a ação de direito material, entrou no exame do mérito, porque não se restringiu à apreciação do pressuposto processual.

56NSo alude o texto à sentença terminativa, de extinção do processo sem julgamento do mérito (ari 267), mas a qualquer sentença, inclusive as definitivas (ari 269), na acepção do § 1º do ari 162, que se estende aos acórdãos (ari 163) e às decisões singulares de extinção nos tribunais, como, *v.* g.. o ato do relator, que indefere a ação rescisória (ari 490).

5. Ações e pesos de eficácia

(1) Imaginai uma tela que estivesse colocada, no salão de exposição de pintura, no espaço correspondente às obras do pintor B, mas fosse de autoria do pintor A. Se alguém enuncia que o quadro foi erradamente posto naquela parte da parede, porque o autor foi A, e não B, esse observador bem informado *declara* a autoria de A, o que equivale a *declarar* que B não foi o autor. Há um *é*, a respeito de A, e um *não-é*, a respeito de B. Se A não expôs obras suas e foi B quem levou a tela, como se dela fosse o autor, o diretor da exposição pode chamar a E e dizer-lhe que tire de lá a tela: ao dano que E fez, expondo o que não era seu, o diretor da exposição faz corresponder outro dano, o dano correspondente, o *con-damno,* de onde vem o termo técnico "condenação". Suponhamos que B não retira o quadro.

O diretor da exposição registra o quadro como de A e, após esse ato de

constituição de concorrência de A à exposição, afixa o nome de A por sobre a tela. Pode acontecer que a função de registro esteja a cargo de alguma seção do instituto a que pertence a exposição, subordinada ao diretor da exposição; então, *manda* ele que se proceda ao registro e à afixação. Se A já figurava como expositor, a transferência da tela, que se achava no espaço com a indicação de E, para o espaço com a indicação de A, pode ser por vontade de B, ou por ato de A, por ato do diretor. Por ato de E, houve execução voluntária. Por ato de A, houve justiça de mão própria. Por ato do diretor, houve execução forçada.

Estão ai as cinco espécies de resoluções, na vida diária, e fora da justiça.

O que se passa na justiça não é diferente, nem poderia ser. A lógica com que se conduz o homem, nas relações privadas, não é outra lógica: a justiça pelo Estado apenas se iniciou por medida de *monopolização estatal da justiça*, para que não pudesse e não tivesse o homem de se fazer justiça por si mesmo.

Podemos ir mais fundo na exploração daquelas proposições. A tela pertence a C. C enuncia que foi A que a pintou a acrescenta que é o melhor quadro da sua pinacoteca. Duas declarações fez C: dois enunciados de fato, emitidos *claramente*. Retenham-se as expressões: clara, claramente, declaração. Se, em vez de fazer declarações, C retira o quadro e põe-no junto aos outros trabalhos de A, *algo* ocorreu que fez o momento posterior ser nitidamente diferente do momento anterior. Se C diz que B copiou o quadro de A e não mais quer adquirir obras de E, C pune, de certo modo, a B. Se E havia apagado a assinatura de A e C manda verificar se a assinatura de A pode ser reavivada, alguém recebe esse mandamento. Se E a reaviva, ou ordena que se reavive, a autoria de A aparece, por efeito de ato de outrem. É possível que o próprio E, envergonhado, o faça.

Há expressões comuns a essas cinco sugestões: a primeira situação é a mesma que era, daí dizer-se é ou *não é;* a segunda, faz existir algo que não existia, ou deixar de existir o que existia; a terceira afirma que houve ou não houve e impõe que não haja ou que haja; a quarta resulta de ato de alguém que não a fez, porém mandou que se fizesse; a quinta faz passar o que existe a outro lugar onde não existia, porque aí é que devia existir.

(II) Não há nenhuma ação, nenhuma sentença, que seja pura. Nenhuma é somente declarativa. Nenhuma é somente constitutiva. Nenhuma é somente condenatória. Nenhuma é somente mandamental. Nenhuma é somente executíva.

A ação somente é declarativa pôrque a sua eficácia maior é a de declarar. Ação declaratória é a ação predominantemente declaratória. Mais se quer que se declare do que se mande, do que se constitua, do que se condene, do que se execute. Na sua carga de eficácia aparece 4 na coluna da mandamentalidade; é a chamada eficácia imediata, a eficácia que vem logo após, como carga, à força mesma da sentença. O vencedor, que teve declarada a relação jurídica, que lhe interessava, pode exercer a pretensão à preceituação nos próprios autos da ação declaratória. O sistema jurídico brasileiro viu e exprimiu isso como nenhum outro. O autor pode ir contra o réu com o preceito, se o réu tem algo a fazer em contrário ao declarado, ou se algo fez em contrário. Não se precisa da propositura de ação nova. Se se precisasse, a carga seria mediata, e não imediata. Sempre que na carga de uma sentença há o número 4, a eficácia, que tal número aponte, ou já se realizou, ou não precisa da propositura de nova ação.

A ação somente é constitutiva porque a sua carga maior é a de constitutividade. Ação constitutiva é a ação predominantemente constitutiva. A sentença, que ela espera, mais constitui do que declara, do que manda, do que executa, do que condena. A carga de eficácia imediata é de declaração. Daí ter eficácia de coisa julgada material.

De regra, tem-se de pedir algum mandado, para que se atribua toda eficácia à constituição positiva ou negativa, que a sentença decretou.

A ação somente é condenatória porque preponderantemente o é. Ação condenatória é a ação predominantemente condenatória. Mais se pede condenar do que declarar, do que executar, do que constituir, do que mandar. Não se há mister pedir, em ação nova, que se declare a relação jurídica a que se prende a condenação: já se declarou, na sentença, imediatamente.

Mas precisa-se propor ação executiva, porque a carga de executividade é apenas de 3.

A ação somente é mandamental porque preponderantemente o é. Não há ação mandamental pura. A sentença, que ela pede, é sentença que mais mande do que declare, do que constitua, do que condene, do que execute. A declaratividade aparece, de ordinário, como eficácia imediata. Mas às vezes cede lugar a outra eficácia.

A ação executiva é a ação preponderantemente executiva. Não há ação executiva pura. Ainda nos tempos da justiça de mão própria, todo ato de execução continha, implícito, o ato de declaração do próprio direito: apenas a condenação também estava implícita (4), em vez de haver a eficácia mandamental imediata (4) que foi introduzida pela justiça estatal. A execução de mão própria era do tipo 3, 2, 4, 1, *5*.

Sempre que a sentença, de qualquer classe que seja, apresenta *5, 4,* ou 3, de declaratividade, produz coisa julgada.

(III) Três perguntas ocorrem quando se tem ultimado a classificação das ações pela força e pela eficácia que têm por fito:

1. A classificação quinária, com a constante 15, é exaustiva?

2. A carga eficacial da sentença é sempre a que tem a ação? É sempre a que tem a pretensão processual?

3. Por que não se prefere a classificação quinâria com as cargas 3, 2 e 1, dando a constante 6? Noutros termos: por que não se desprezam os elementos ou parcelas 2 e 1, na constante 15, rebaixando-se o número das três primeiras cargas?

Respondamos às três perguntas.

A primeira objetemos, serenamente, que, na vida de estudos diários, intensivos, de sessenta anos, nunca encontramos, nem conhecemos qualquer ação ou sentença que não caiba numa das cinco classes. Ciência é livre disponibilidade de espírito: o cientista há de ter grande alegria em descobrir o erro em que estava, ou em acrescentar algo de novo à sua ciência.

Dizer-se que a ação é declarativa, ou constitutiva, ou condenatória, ou mandamental, ou executiva, é função do direito processual, mas é preciso atender-se ao fim do direito processual. O direito processual trata de qualquer delas, ou de classes delas, para lhes apontar o remédio jurídico processual, que pode ser usado pelos autores. As vezes, provê a possíveis cumulações subjetivas ou objetivas, simultâneas ou sucessivas, ou de cognição incompleta para adiantamento de executividade, ou de mandamentalidade, ou de constitutividade. O conceito de ação, a classificação das ações por sua eficácia, tudo isso consulta

o direito material, porque o fim precípuo do processo é a realização do direito objetivo. Na própria classificação das ações e das sentenças, o direito processual tem de atender à eficácia das ações segundo o direito material. A margem de liberdade que se lhe deixa é pequena mas existe.

Quanto à segunda pergunta, que é a respeito das cargas eficaciais da ação de direito material e da sentença, é de responder-se, firmemente: não . Quando se classificam as ações pela carga da sentença que se pretende, supõe-se que a sentença seja de *integral satisfação,* ou que se tenha como sentença a soma das sentenças que se obtém com o exercício da ação. Se a sentença não é em virtude de cognição completa, a ação tem eficácia mais intensa do que a eficácia da sentença, ou devido a lhe faltar força declarativa, ou mesmo eficácia imediata ou mediata de declaração: a declaratividade, que tem, é suscetível de novo exame. Então, a eficácia declarativa é 2, ou 1. Tal o que se passa com a sentença denegatória na ação de mandado de segurança, se apenas foi denegado por não ser

"certo e liquido" o direito, e com a sentença do juiz ao resolver dúvidas do oficial do registro de imóveis (O

Decreto-lei n0 4.857, de 9 de novembro de 1939, ari 218, parágrafo único, e ari 220, dizia: "A leis locais" ainda se estava sob a pluralidade de leis processuais "poderão estabelecer recursos para essas decisões, sempre sem prejuízo do processo contencioso, a que os interessados poderão recorrer"). Se a cognição é completa, a eficácia da sentença favorável ou a eficácia da soma das sentenças parciais favoráveis é igual à eficácia da ação.

As sentenças de cognição incompleta são sentenças deficitárias deficitárias, no que havia de ser a sua força, a sua eficácia imediata e a sua eficácia mediata. A carga de eficácia declarativa, nelas, não é 3, nem 4, nem 5. Podem ser expressas essas eficácias sob forma interrogativa: 3?, 4?, 5? Nem há coisa julgada material, nem constitutividade, nem qualquer outra eficácia, que não possa ser afastada em posterior e completa cognição.

Resta saber-se se há diferença entre a carga da pretensão processual, da "ação" de direito processual, e a sentença.

Se a *lexspecialis* não permitiu julgar acima ou abaixo do pedido, a resposta é

negativa, porque a sentença seria *ultra petita* ou *citra petita.* Se a *lex specialis* o permite, tampouco há diferença, porque a pretensão processual tem de ser concebida como alternativa.

Quanto à terceira pergunta, tem-se de advertir em que: *a)* os elementos 2 e 1 são ineliminâveis, porque não há qualquer sentença em que não haja elementos declarativo, constitutivo, condenatório, mandamental e executivo: toda sentença favorável declara, pelo menos, que podia ser exercida a pretensão à tutela jurídica, ou o interesse do autor; toda sentença favorável constitui, pelo menos, a si mesma, isto é, não havia, antes, sentença, e passa a haver; toda sentença favorável condena o réu, pelo menos, a sofrer a força e a eficácia da sentença e as conseqUências processuais; todas as sentenças têm elemento mandamental, que se exprime na observância de registro, certidões e outros atos; toda sentença favorável, ainda se não retira bem da vida de um para outro patrimônio, põe na esfera jurídica do autor o julgado que é *plus* em relação à situação da esfera jurídica do réu, em que esse se pôs em atitude, ou foi posto em atitude, que justificou o *minus* expresso na decisão.

Exames superficiais de cada ação levam por vezes os escritores e os juizes a vacilar entre duas classes de ações, ou a trocar pela classe em que a carga é apenas eficácia imediata a classe em que está a força eficacial, a carga 5.

Através dos séculos, permaneceram discussões sobre serem declarativas ou constitutivas algumas ações, e o que é mais grave é que não raro não se atinava com a classe em que estaria a carga 5 e se divergia a respeito de duas outras que apenas poderiam ser as da eficácia imediata ou da eficácia mediata. Quando não se tem preciso informe sobre a ação, é fácil confundir-se com a força, isto é, com a carga 5 o que é simples carga 4. As ações declaratórias com carga 4 de constitutividade aparecem, aqui e ali, como ações constitutivas; e vice-versa. Compreende-se que se tomem por declarativas a ação de interdição, que é constitutiva- declarativa, a do obrigado à preferência, a de desapossamento de título ao portador, proposta para se obter novo título, a de nova cártula em caso de destruição, a de denúncia, a de renovação de contrato, a de venda, locação ou administração da coisa comum, a de eleição e a de nomeação de cabecel, a de dispensa de cabecel, a de parede-meia ou tapume-meio, a de nomeação de inventariante, as integrativas de testamento, a de apresentação de testamento, a de reconciliação de cônjuges, a de nulidade de instituição, todas constitutivas-declarativas.

Todas as ações de decretáção de nulidade são ações constitutivas negativas: declarativídade, 3; constitutividade, 5; condenatoriedade, 1; mandamentalidade, 2; executividade, 4. Também são constitutivas negativas as ações de anulação, de resolução e de rescisão. A carga não é a mesma para todas elas. As ações de revogação, como os atos jurídicos revocatórios, são constitutivas negativas, com a diferença apenas entre a resolução que solve o ato, o que implica, no plano do mundo jurídico, pôr-lhe fim, a rescisão que cinde do começo até o momento da decisão o ato jurídico e a revogação que é retirada da *vox,* por baixo do ato jurídico, portanto no plano do mundo fâctico.

Quem propõe ação de nulidade de negócio jurídico pede que se restitua o objeto que está com o réu. Esse pedido altera a estrutura eficacial da ação constitutiva típica, porque o elemento executivo cresce: a ação toma-se constitutiva - (negativa) - executiva, porque se decreta nulidade e se vindica.

Não se dão mesmo com as ações de anulação, de resolução, de rescisão e de revogação: quem pediu decretação da anulação do contrato de compra-e-venda, sem pedir a restituição da coisa entregue, não pode obter mais do que a intimação da sentença ao réu e a pretensão à preceitação, noutra ação, porque a carga de eficácia mandamental da sentença que conseguiu é apenas, normalmente, de 3. Por isso, há de o autor pedir a restituição, cumulando, expressamente, os pedidos, se pela natureza do pedido não está implícito o segundo. As ações de anulação, de resolução, de rescisão e de revogação são proponíveis antes ou depois da entrega da coisa. As cargas de eficácia são as mesmas. O pedido de restituição faz subir o elemento executivo. A execução faz-se contemporânea à constituição.

Se a sentença preponderantemente *constitui,* provavelmente pedido de restituição, está munido, ao transitar em julgado a sentença favorável, de decisão constitutiva. O réu, que tem consigo o bem, que fora objeto do negócio jurídico desconstituido, possui, e tem de ser pedido tal objeto.

Se a sentença preponderantemente *declara,* provavelmente contém mandamento com eficácia imediata, ou mediata. Se a carga de eficácia mandamental é imediata, tem-se de indagar qual a carga de eficácia que vem após: de regra, é a eficácia constitutiva. Se a carga de eficácia mandamental é a mediata, há de ser procurado o elemento que se lhe segue: pode ser constitutivo (ação de

verificação de crédito; *exceptio rei inter alios iudicatue;* habilitação posterior); pode ser condenatório (ação declaratória-condenatória), pode ser executivo (ação de habilitação incidente; ação de habilitação de herdeiros).

Na primeira fase da ação de demarcação de terras, o elemento mandamental só aparece com carga de 2. Na segunda fase, passa a ser de 3, mas já a decisão ganha em executividade, tornando-se de força executiva a ação e a sentença e descendo a ser eficácia mediata a decisão declarativa, que foi antes força da ação. A raridade extrema mostra que se trata de anomalia provinda da cisão da ação em duas fases.

Se a sentença preponderantemente *constitui*, provavelmente, ou declara em carga imediata ou com carga mediata, ou manda, de modo que, quando a carga de quatro unidades não é declarativa, é mandamental, sendo mediata a outra. Todavia, escapam a essas proposições: a ação do titular do direito de preferência, em que a declarativiade e a executividade passam à frente da mandamentalidade; a ação de desapossamento do título de portador para obter novo titulo em que a executividade é eficácia imediata e a mandamentalidade apenas de duas unidades, e o mesmo se passa com a ação de obtenção de nova cártula em caso de destruição (observe-se que a executividade, com a carga 3, é a do título); a ação de denúncia vazia ou não em caso de locação ou outros contratos, em que a carga de declarativiade é de 4 unidades, mas a eficácia mediata é a executiva; a ação de venda, locação e administração da coisa comum, em que o mesmo se dá; a ação de destituição de foreiro em que a condenatoriedade é imediata e mediata a executividade; a ação de destituição de inventariante em que há 4 de condenatoriedade e 3 de declarativiade, mas, em alguns casos, relevantes, a ação toma-se mandamental; a ação de sonegados, em que as cargas imediata e mediata são de condenação e de executividade; a ação de apresentação de testamento em que há 3

de executividade em vez de 3 de mandamentalidade; a ação para cumprimento de testamento em que as cargas 4 e 3 são de mandamento e de executividade, tal como ocorre na ação para alienação e gravação de bens dotais; ação de desquite amigável, em que há executividade 4 e mandamento 3; a ação de desquite litigioso,57 com a condenatoriedade 4 e a executividade 3; a ação de reconciliação, com a declarativiade 4 e a executividade 3; a ação de sub-rogação e a de negócios jurídicos sobre bens de incapazes, em que há mandamentalidade e executividade, respectivamente, 4 e 3; na ação de alimentos

provisionais, declaratividade 3 e executividade 4; a ação de separação de corpos, declaratividade 4 e executividade 3; as ações de venda de coisa comum e de autorização de venda, em que se dá o mesmo; a ação de arrematação, com mandamentalidade e executividade têm, respectivamente, os índices 3 e 4; a ação de interpelação, em que há carga de mandamento 4, e de condenatoriedade 3, enquanto na de protesto cambiário 4 de mandamentalidade e 3 de executividade; na ação para venda de mercadorias da carga do navio, há declaração e executividade, como eficácias imediata e mediata; como na de autorização de venda; na ação de apreensão de embarcações, há 4 de condenatoriedade e 3 de executividade, ao passo que na de venda do navio, a ação constitutiva da prova da avaria, em que há declaratividade 4 e condenatoriedade 3; a ação de venda de salvados marítimos em que a declaratividade é 4 e a executividade 3.

57A Lei n0 6.515. de 26.12.77, adotou o *remen juris* "separação judicial" (ari 20, III), para designar a separaçao por mutuo consentimento (ari 40) e a separação litigiosa (ari 50) sem que tal terminologia impeça se fale, como no texto, em desquite amigável e desquite litigioso.

Se a sentença *condena,* também declara, com carga de eficácia imediata ou mediata. Se a carga de eficácia declarativa é imediata, tem-se de investigar qual a carga de eficácia que vem depois: quase sempre é a executiva.

Se a carga de eficácia declarativa é mediata, tem-se de investigar qual a carga de eficácia imediata e, de regra, é a executiva. Tudo se resume, portanto, em se saber se a executividade é mediata, ou imediata; noutros termos, se a execução é nos próprios autos, por ser inclusa na sentença. Há sentença condenatória e não tem carga imediata, nem mediata, de executividade: e condenatória com carga imediata de mandamentalidade e carga mediata de executividade a ação de extinção de usufruto ou fideicomisso. As ações executivas de títulos extrajudiciais são ações cumuladas; começa-se, em adiantamento, pela execução e processa-se a ação de condenação, simultaneamente, mas a soma das cargas nos dá sentença em ação executiva com carga imediata de condenação.58

A ação administrativa de contrabando tem condenatoriedade preponderante e carga imediata de executividade, exceto quanto à multa, porque a executividade é somente mediata (= tem de ser feita, depois, a execução).

Se a sentença preponderantemente *manda*, provavelmente a declaratividade é 4 e a constitutividade 3. As vezes, porém, a carga de eficácia mediata passa a ser de condenatoriedade *(e. g.*, ação de manutenção de posse, extinção de usufruto ou fideicomisso, nas espécies previstas na inicial, ou de executividade; ação de habilitação de herdeiros nos casos da herança jacente; ação de embargos de terceiro contra a arrecadação; ação de abertura de sucessão provisória; ação do ausente que aparece depois da sucessão definitiva, acudindo à *provocatio ad agendum).* Outras vezes a declaratividade diminui para 3, passando a ser 4 a condenatoriedade (ação de nunciação de obra nova; ação de regulação de avarias), ou a constitutividade (ação de interdito proibitório; a de reserva de bens para pagamento de dívidas; a de averbação no registro civil; a de instituição de bem de família; a de seqUestro; a de depósitos de filhos), ou a executividade (ação de entrega de objetos próprios; ação de posse em nome do nascituro).

A mandamentalidade como eficácia mediata é só no futuro. Revela-se na ação de renovação de contrato de locação, na de nunciação de obra Talvez o autor tivesse presente, ao redigir o texto, as ações executivas de títulos extrajudiciais tIo ari 298 do CPC de 1939, que davam origem a um processo cognitivo, concluído, se julgado procedente o pedido, por uma sentença condenatória, que se executava. Na sistemática do Código vigente, qtte equiparou os títulos executivos extrajudiciais (ari 585) aos judiciais (ari 584), não há sentença condenatória. pois é o próprio título que se executa. A sentença de extinção da execução (ali. 795) é declaratória. ou, para se manter fidelidade à doutrina do comentarista, temo carga predomnimiante de declaração.

nova, na de eleição de cabecel, na de demarcação de terras, na de inventário e partilha, na de nomeação de inventariante, nas ações integrativas de testamento, na petição de herança vacante, na de habilitação incidente de herdeiros, na de verificação de crédito, na de pedido de prêmio ao achador, na de devolução à Fazenda Pública, nas ações modificativas do estado civil, nas de nomeação de tutores e curadores e de escusa, nas de remoção em caso de ação acidental, na de interdição, na de levantamento da interdição, na de nulidade da instituição, nas de dissolução e liquidação, na ação de caução, na de exibição do livro, nas ações de vistoria, arbitramento e inquirições, na de obra de conservação em coisa litigiosa, na de homologação de penhor legal, na de venda judicial, nas habilitações incidentes. Há sempre mandado, que se pede *depois.* Quando o juiz sentencia, não manda: a eficácia é da sentença, mas para que se exerça depois a

pretensão mandamental.

Se a sentença preponderantemente *executa,* provavelmente se segue à força da sentença a eficácia mandamental.

Temos, pois, *5* de executividade e 4 de mandamento. Porém isso nem sempre ocorre. Se não se trata de execução de sentença, mas de execução de título que dê ensejo a cognição incompleta e, pois, permita as duas ações, a condenatória e a executiva, vem em segundo lugar a eficácia condenatória e o mandamento passa a quarto lugar, como eficácia sentencial porque o mandado saiu e foi cumprido inicialmente. O mesmo ocorre com a ação de reivindicação, cuja carga é interessante observá-lo coincide com a carga das ações executivas de títulos extrajudiciais e a da ação de quem perdeu ou a quem foi furtado título ao portador ou de outro bem móvel (ação de vindicação da posse), a da ação de execução pelo vendedor com reserva de domínio, a da ação de despejo por inadimplemento, a da ação de depósito, e a da ação de indenização no caso de nunciação de obra nova. Pode-se dizer que, nas ações executivas, a carga de eficácia imediata ou é de mandamento ou de condenação, salvo quanto à ação de divisão, à de demarcação, à de inventário e partilha, às de dissolução e liquidação de sociedade, à de exibição de livro ou coisa comum, ou no caso de documento, à de obra de conservação em coisa litigiosa e àde distribuição. As ações de divisão de demarcação de inventário e partilha de dissolução e liquidação, de obra de conservação em coisa litigiosa, de distribuição, são executivas-declarativas, isto é, têm força executiva e eficácia imediata declarativa. A ação contenciosa de dissolução e liquidação e a de exibição de livro ou coisa comum ou no caso de documentos têm força executiva e eficácia imediata constitutiva.

Título II

DAS PARTES E DOS PROCURADORES

DA CAPACIDADE PROCESSUAL 1)12)

1. Partes ou figurantes da relação jurídica processual Partes são os pólos ativo e passivo da relação jurídica processual em ângulo, ou da relação jurídica processual em linhas, convergindo para o Estado, como se dá na pluralidade subjetiva das ações em ângulo. Ou está o autor, simplesmente, em linha reta, sem

angularidade. Dizer-se, por exemplo, que toda relação jurídica processual supõe sujeito ativo e sujeito passivo, é pôr-se de lado qualquer caso em que as partes acordam em ir ajuizo pedir outra coisa que *acondenação,* ou outra coisa que a *coerção executiva.* O individualismo antigo, típico no frag. de Paulo, L. 29, *D., de iudiciis, 5,* 1, saía-se da dificuldade transformando o sentido de *actio,* conceito de direito material, em *acho,* conceito atécnico de "entrar primeiro em juízo". Dai poder dizer, em tautologia tirada dessa mudança de sentido, "Qui appellat prior, agit".

Assim, a especialidade das ações divisórias esvaia-se pelo passe de mágica da transmutação de sentido. As línguas latinas herdaram esse duplo sentido, essa ambigUidade, se não equívoco, fonte de tantos erros em teoria e em prática. Os Romanos, ainda ao tempo das *legis actiones,* estavam naquela fase anteestatal da justiça, em que as partes se põem em contato, apostam com a garantia do juramento, o que ainda se observa e se observará sempre na idade individual infantil quando há discordância e vontade de resolver, sem ser pelos métodos primitivos da luta.

Iam as partes ao Pretor "apostar", *postulare, deposco,* apostar, obrigar(Vanicek, *Etymologisches Worterbuch der Lateinischen Sprache,* 2a ed., 164). Apostava-se, porque antes fora assim, ao tempo em que se confiava a terceiro, em nada ligado ao Estado. Ainda hoje, a palavra nos ficou como alicerce de raciocínio, axioma, enunciado fundamental em lógica ou em matemática: postulado. As apostas ficaram, sob fórmulas sacramentais, até o século II antes de Cristo. Depois, o raciocínio processual explicitou-se: *intentio* (nas ações declarativas, *praeiudicia,* de nada mais se precisava); *demonstratio; condemnatio* (sempre em dinheiro!). As variantes quanto às espécies de ações não lhe mudavam a estrutura. O Romano ainda não podia distinguir a pretensão à sentença, a "ação", de que aquela é conteúdo, e a *actio* do direito material invocado na demanda. O primitivismo germânico agravou a situação. Admitiu a lei de direito material cinco casos em que a incapacidade cessa antes de vinte e um anos: se há suplemento de idade *(venia aetatis),* que é efeito de sentença constitutiva; pelo fato do casamento válido; pelo exercício de emprego público efetivo; pela colação de grau científico em curso de ensino superior; pelo estabelecimento civil ou comercial, com economia própria (Código Civil, ari 90 ~ 10). Há de interpretar-se como regra jurídica em cujo suporte fáctico há de estar a idade, *pelo menos,* de dezesseis anos: qualquer dos fatos mencionados como

pressuposto suficiente há de ocorrer quando o menor tiver dezoito anos, tratando-se de suplemento de idade (ari 90 ~ l~, 1); ou a idade mínima de dezesseis anos e a idade que a *lexspecialis* exija, ou lei de direito público (exercício de emprego público efetivo, colação de grau científico em curso de ensino superior), ou de direito privado (estabelecimento civil ou comercial, com economia própria). Há sempre elemento de idade no suporte fáctico de qualquer dos incisos.

O suplemento de idade ou é *a)* em virtude de emancipação pelo pai, ou pela mãe, titular do pátrio poder, homologada pelo juiz, ou *b)* por sentença do juiz, ouvido o tutor. Em ambas as espécies há de ter o menor dezoito anos cumpridos.

A emancipação é a saída do pátrio poder; a *venia aetatis* é a suplementação da idade. Jorge de Cabedo *(Practicarum Observationum sive Decisionum,* II, 217) acentuava a diferença. Domingos Antunes Portugal *(Tractatus de Donationibus,* 1, 264 s.) advertia: "Observandum est veniam aetatis ab emancipatione discemi; ut constat ex diversitate titulorum...; quia diversis appellantur nominibus, cum differentia nominis diversitates inducat".

O menor tem pretensão à tutela jurídica para pedir o suplemento de idade; com a prova dos dezoito anos, tem capacidade processual. Não há ação de declaração de capacidade por suplemento. Daí a impropriedade da expressão alemã "declaração de maioridade", a *Volljãhrigkeitserklãrung,* se a terminologia jurídica não houvesse distinguido declarar, em sentido de tornar claro, proclamar e declarar, no sentido de ação declaratória, que é o de *Feststellen*, *Feststellung*, *Feststellungsklage.* A tradição brasileira usa de termo inequívoco: suplemento de idade, que alude ao que o poder público, hoje só judiciário, acrescenta, *cola*, para completar os vinte e um anos. O direito, que o menor postula, é direito à constituição desse suplemento: o juiz tem de conceder a *venia aetatis*, se os pressupostos estão satisfeitos,

isto é, ato emancipativo do pai, ou da mãe, ou audiência dele, ou dela, ou do tutor, e estar o menor de vinte e um anos e maior de dezoito apto à vida civil. Há direito do menor ao suplemento de idade (L. Enneccerus, *Lehrbuch*, 1, 30a~34a ed., 205; Paul Oertmann, *Alígemeiner Teil,* 14; sem razão, Andreas Von Tuhr, *Der Alígemeine Teil*, 1, 403, nota 28).

(No direito francês, há emancipação só, não suplemento de idade. Tudo se passa

no plano do pátrio poder, razão por que o emancipado tem curador; não se vai ao plano de capacidade. Cf. Código Civil francês, arts. 476-486. De nenhum interesse para a interpretação do direito brasileiro é, portanto, a literatura sobre aquele Código e sobre os que o imitaram.)

Tem-se de evitar qualquer confusão entre o conceito de "parte", figurante da relação jurídica processual, e o de sujeito ativo e passivo, que são os figurantes da relação jurídica de direito material. A parte é o sujeito na relação jurídica autor e Estado (juiz) e o sujeito na relação jurídica entre Estado <juiz) e réu. Um demanda e outro é demandado. De qualquer modo quem demanda ou quem é demandado já tinha frente ao Estado a pretensão à tutela jurídica, que o Estado, ao monopolizar a justiça, fez nascer de promessa sua, feita a qualquer ser humano. Dai a razão para que, na relação jurídica processual se achem as partes, mesmo se têm de ser presentadas ou representadas. Algumas vezes, a lei prevê que alguém exerça a função de exercício da pretensão à tutela jurídica, tal como ocorre com o *síndico da falência*, o inventariante. O que leva à função de oficio, às vezes estatal (Ministério Público), é a necessidade de, diante de determinadas circunstâncias, como acontece com a decretação de falência e a ação de inventário e partilha, se pôr na situação de parte que, verdadeiramente, parte não é. O

Estado, de certo modo, criou órgãos , estatais ou extra-estatais, que, no intervalo, por exemplo, em que chegue ao momento final da liquidação dos bens do falecido ou do inventário e partilha, não falte quem proceda, como o sujeito ativo ou passivo da relação jurídica processual, por ser ou se supor ser da relação jurídica de direito material, atue com eficiência e precisão .

O ari 60 diz que ninguém pode pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei. Já no ari 30 falou-se de interesse e legitimidade para quem proponha ou conteste ação. É preciso haver profunda razão para que a lei atribua a outrem que o titular do direito exerça a ação e, pois, use o remédio jurídico processual.

Pense-se na legitimação: do Ministério Público para pleitear a decretação de invalidade do casamento se feito perante autoridade incompetente (Código Civil, ari 208, II), dos parentes, consangUineos ou afins, em linha reta, e dos colaterais até o segundo grau, para a decretação de invalidade de casamento contraído pelo menor de dezesseis anos e pelo maior de dezoito anos (ari 213, III); do titular de

direito certo e liquido, decorrente de direito, em idênticas condições, de terceiro, para propor ação de mandado de segurança, se esse terceiro não o fizer no prazo razoável, apesar de ter sido, para isso, judicialmente notificado (Lei n0 1.533, de 31 de dezembro de 1951, ari 30); do curador na falência, para a ação revocatória não proposta pelo síndico (Decreto-lei n0 7.661, de 21 de junho de 1945, ari *55).*

Pode dar-se que titulares de direito sejam duas ou mais pessoas e qualquer delas possa propor ação que a todas correspondam. Ai, rigorosa-mente, há pluralidade de ações (cada pessoa tem a sua, no plano do direito material) e pluralidade de idênticos remédios processuais. E o que acontece com os condôminos que podem reivindicar todo o bem comum (Código Civil, ari 623, 1), ou com o credor solidário, que pode exigir a totalidade da divida (ari 898).

É preciso nunca nos esquecermos de que em toda relação jurídica há fato da vida, a relação humana em concreto, que é a matéria, digamos assim, submetida a certa estrutura, à determinação exterior da lei. A lei dá a forma dessa relação humana e a faz jurídica. É a lei, portanto, que lhe imprime direção segundo os propósitos dos legisladores.

As relações humanas que se dizem tuteladas pelo direito são relações a que o direito conferiu proteção, levando em conta o interesse do indivíduo, ou o seu próprio. Os dirigentes instilam nesse ordenamento a sua concepção da vida, a sua tábua de valores humanos. Quando o Estado considera o que atribuiu a alguém e o vê do lado daquele a quem o atribuiu, toma-o como vector, que é o direito subjetivo. Analisando-se esse conceito, descobre-se-lhe um elemento, que é a ação, a *actio* romana, presenciada pelo juiz, e não pela lei, e outro, que é a pretensão, presenciada pelo direito, feita abstração do juiz. O despotismo romano somente concebia a razão judiciária, o *ato* que há em *actio,* a espada, a toga, ao passo que o homem pós-romano evolvia para a concepção de outro elemento, o *fato* da atribuição, em vez do *ato.* O conceito de “pretensão” impunha-se. De tal modo se impôs que se pôde revelar a pretensão à tutela jurídica ou de tutela jurídica, isolada por Adolf Wach, pretensão que édirigida ao Estado. E de direito público.

Tudo isso, através de discussões sutis, apenas traduzia a mudança das condições econômicas, políticas e morais, no sentido de se submeter a concepção do direito a conceitos mais coerentes como destino da civilização ocidental.

Juristas que representavam correntes opostas a esse movimento bimilenar tentaram impedir que o Estado se submetesse ao direito e que o direito se submetesse às descobertas da sua técnica e à critica das suas injustiças.

Alguns puderam ver que o processo era, ao mesmo tempo, índice e fator de civilização.

Aos mais argutos não passa despercebido que a explicação da relação jurídica processual como relação entre o autor e o réu, conforme Giuseppe Chiovenda, contra Adolf Wach, representava retentativa de informá-la como domínio de homem sobre homem, com a reinserção do coeficiente de vontade (tipicamente romano) quando Adolf Wach já havia conseguido eliminar a influência da filosofia hegeliana. O ter-se isolado, como se diz em laboratório, a "pretensão", como o poder-se pretender que um bem da vida se lhe assine, significou evolução técnica e evolução psicológica. Não é ato, como a *actio,* nem debate, peleja; é razão por si, pela existência da lei. O

ato é efeito disso. Antes de propormos "ação", estamos apenas em estado de exigência. Lendo-se um Código Civil, surpreende-nos, aqui e ali, o conceito ou a regra, que ainda lembra a presença do tribunal. Desagrada-nos. Isso provém de que as circunstâncias mesmas da vida já nos ensinaram a distinguir as "pretensões" e as "ações". Lá estão direitos, que podem ser considerados *in abstracto,* e as "pretensões", que exigirem a atividade da *actio.*

2. Representação e presentação As partes têm de ser representadas *processualmente* (não se confunda com a *representação* de direito material, como a dos menores e de incapazes por psicoses ou neuroses, nem com o *mandato* propriamente dito), ou atuar em causa própria. A *representação processual,* salvos os casos de causa própria, quando a lei o permite, e de falta de advogado, é necessária. O Código de Processo Civil de 1939 extinguiu a velhíssima classe dos solicitadores, válvula que se havia à vocação jurídica advocatícia das classes pobres. Nela fizeram carreira, inclusive política, alguns vultos da história do Brasil. Aqueles, a que a designação pejorativa chamou *rábulas,* exerceram função ao mesmo tempo conservadora de boas práticas e inovadora de idéias, livres, como eram, das teias de aranha (ou de arame) do ensino râncido, reacionário, oficial, artificial, superficial, oratório, das Faculdades de Direito.

Observe-se que, na comparência da parte por um órgão, não se trata de *representação,* mas de *presentação.* O

órgão presenta a pessoa jurídica:

os atos processuais do órgão são atos dela, e não de representante. Adiante, sob o ari 12, VI. De modo que há a presentação (de direito material) e a representação processual, necessariamente sem atuação em causa própria: o órgão presenta, materialmente; e, processualmente, também presenta.

As pessoas jurídicas, incluidas, portanto, as fundações, precísam ter órgãos , tanto quanto as pessoas físicas precisam ter boca, ou, se não podem falar, mãos, ou outro órgão, pelo qual exprimam o pensamento ou o sentimento. O órgão da pessoa física a boca, por exemplo fá-la *presente* a uma reunião, na praça pública, no teatro, no tabelionato, ou no juízo. A presença pode bem ser com a simples assinatura, se a pessoa física não pode ou não quer falar. O que importa é que ela se exprima conforme relações socIais, ou, para os atos jurídicos, as relações jurídicas o exijam. Os diretores das pessoas jurídicas que assinam a declaração unilateral de vontade, ou a declaração bilateral ou multilateral de vontade, não estão a praticar ato seu, pelo qual representem a pessoa jurídica.

Estão a *presentá-las,* a fazê-las presentes.

3. Quem é parte Partes são as pessoas para as quais e contra as quais é pedida a tutela jurídica. As partes é que pedem, ou é contra elas que se pede. De regra, são as partes os sujeitos do direito e do dever, da pretensão, da obrigação, ou da exceção, que se discute. Todavia, pode dar-se que terceiro, que não éo sujeito ativo ou passivo da *res deducta,* possa ser parte, isto é, ter a "ação". De onde se tira que o conceito de parte é de direito formal, e de ordinário coincide, porém não precisa coincidir, com o de titular do direito na relação jurídica controvertida, ou com o de sujeito passivo dessa relação.

As espécies em que se atribui a alguém, que não é sujeito da relação jurídica deduzida em juízo, o ser parte, tem-se dado o nome de sub-rogação processual ou de substituição processual.

O nome "substituição processual", usado por Giuseppe Chiovenda *(Principii,* 596-601), para designar os casos em que o sujeito da relação jurídica processual

não é o titular da relação de direito material, é impróprio. Exatamente

"substituição" é o que não se dá. Josef Kohler, que iniciou o estudo desses fatos, não usara tal expressão vira-os como casos especiais de subjetividade processual em relação à *res in iudicium deducta.* Tão-só. Desde que passamos à concepção da relação jurídica processual como *publicística,* perdeu a significação, que poderia ter, de

"anormalidade", a não-coincidência entre os dois sujeitos; por outro lado, a distinção entre a pretensão à tutela jurídica e a pretensão de direito material ainda mais viva põe a irrelevância da especialidade. Dizer "substituído" o titular da relação de direito material é persistir, inconscientemente, e tal foi o caso de Giuseppe Chiovenda, na atmosfera da concepção privatistica. Os processualistas italianos vulgarizaram o nome com esse evidente prejuízo, e Galgano (Nápoles, 1911) chegou a escrever monografia *Sulia Dottrina della Sostituzione processuale.*

Parte é, portanto, quem entra, como sujeito, ativo ou passivo, na relação jurídica processual. Partes são figurantes processuais; há partes que não são os sujeitos da relação jurídica, objeto do litígio.

A lei cria-as. Mas pode ocorrer que o titular do direito dê poder para a presença como parte, como se o cessionário outorga ao cedente poder para, em nome próprio, exercer a ação contra o cedido (dita, então, substituição processual voluntária).

Há, ainda, os que, de ofício, podem exercer a pretensão à tutela jurídica: têm "ação". Por exemplo, os administradores das massas concursais, o síndico da falência, o inventariante e o testamenteiro. Tais pessoas não são representantes: não estão em lugar de outrem; e, na maior parte das vezes, os interesses que estão em causa são divergentes. Nem são órgãos , de modo que, em vez de representarem, presentassem outras pessoas, como ocorre com o órgão da pessoa jurídica. A massa concursal ou falência, a herança e o interesse da execução testamentária não são pessoas. Demais, o representante legal do menor de dezesseis anos, ou do louco, ou do surdo-mudo que não pode exprimir a vontade, não é parte. Nem é parte o órgão da pessoa jurídica. Ao passo que são partes o administrador da massa concursal, o curador da herança vacante, o síndico da falência, o inventariante e o próprio testamenteiro. Também é parte o

administrador de bens reunidos ou adquiridos por subscrição pública ou em coletas. Quando se atribui ao Ministério Público a propositura da “açao~~, ou a defesa como parte, também se lhe reconhece ser parte, por ofício. Sobre as partes por *ofício,FriedrichOetker(KonkursrecheGrundbegríffe,* 1,25 s., 51, 112,314 s.), Adolf Schõnke *(Lehrbuch,* 7~ ed., 89 s., 116 e 275), Arthur Nikisch *(Zivilprozessrecht,* 2~ ed., 109, 120 e 347), Wolfgang Bernhardt *(Grundriss,* 84) e Max Pagenstecher *(Der Konkurs,* 2a ed., 33), que sustentam a *Amtstheorie* (teoria do ofício). Contra: Wilhelm Kisch (Das Reichsgericht und der Parteibegriff, *Die Reichsgerichtspraxis,* VI, 15 s.), Ernest Jaeger *(Kommentar zur Konkursordnung,* 6a7a ed., 1, nota 1 ao § 6), Friedrich Lent (Die Rechtsprechung des Reichsgerichts uber die prozessuale Stellung der Konkursverwalters, *Reichsgerichtspraxis,* VI, 275; *Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, §* 44); Prozessfuhrung des Vermõgensverwalters, *Festschríi J’ur* Adolf Wach, 1).

4. Princípio de igual tratamento das partes As partes têm de ser tratadas com igualdade, salvo se lei, que não ofende a Constituição, cria, diante de circunstâncias, trato especial. *Aequalitas servanda est in iudicio inter litigantes. Non debent actor et reus ad imparia iudicati* (cf. Manuel Gonçalves da Silva, *Commentaria,* II, 46).

5. Capacidade de ser parte (1) Capacidade de ser parte é a capacidade, ativa ou passiva, de ser sujeito da relação jurídica processual. O conceito é de direito público e deve evitar-se qualquer confusão (cp. Leo Rosenberg, *Lehrbuch,* 109). Os Códigos costumam falar de partes e de capacidade processual sem se referir à capacidade de ser parte, mas essa é que é o conceito *anterior* ao de capacidade processual (Rudolf Pollak, *System,* 115). Toda pessoa, homem ou pessoa jurídica, inclusive o nascituro, é capaz de ser parte. Não importa se a pessoa está no país, ou fora dele. Os escravos, os servos, os de capacidade restrita de ser parte, têm-na no Brasil. Não se precisa invocar ordem pública para isso. E o pais da *lexfori* que determina a capacidade de ser parte. Rudolf Pollak *(System,* 115), tão exato nos seus conceitos errou ai.

O *ias standi in iudicio* não se exporta, nem se importa; cada país o estatui. Da natureza pré-processualistica, ou, melhor, publicística, da capacidade de ser parte, direito a ser garantido aos homens em mundo em que todos os habitantes do mesmo pais sejam tratados igualmente, resulta: *a)* Nenhuma regra de direito material pode ser recebida e interpretada como limitativa da capacidade de ser

parte, tanto mais quanto a regra que cerceasse teria probabilidade de ser inconstitucional, ou contra o próprio direito das gentes (sem razão, A. Skedl). RudolfPollak sustentou que, se a lei de direito material retira a capacidade de direito material, nem por isso a sua regra revoga, derroga ou se reflete na capacidade de ser parte. Com razão. Se écapaz de ser parte, segundo a lei pré-processual, pode ter interesse em discutir até mesmo a capacidade de direito material. Aqui surge um dos maiores problemas do Direito. AdolfWach, em 1885 *(Handbuch,* 1, *520),* ergueu a teoria de haver quem pudesse ser parte processualmente, e não materialmente. Existiriam dois conceitos de "parte", um material e outro formal. O

administrador de massa seria processualmente parte, sem ter pretensão à tutelajurídica, própria. As sociedades comerciais irregulares ou de fato não teriam personalidade e teriam capacidade para ser parte. A confusão está em se exigir para ser parte ter "direito", ser sujeito subjetivo da relação de direito material. Não se viu a pretensão que têm. Se a relação jurídica processual só se formasse com o sujeito da relaçâojurídica material, então nunca se poderia explicar a ação declaratória negativa! O direito material nada tem a ver com o ser parte; e regras jurídicas, insertas em Código Civil, que se refiram a isso, são como leis sobre calçamento de ruas que tivessem artigos sobre usucapião.

Demais, o direito conhece a ação e a "ação", a que não corresponde qualquer relação de direito material: a declaratória da falsidade ou autenticidade do documento.

Advirta-se ainda que a capacidade de ser parte é pressuposto pré-processual, porque concerne à pretensão à tutela jurídica.

A capacidade de ser parte abrange a de ser autor, isto é, *is qui rem in iudicium deducit,* e a de réu, *is contra quem res in iudicium deducitur,* e a quem intervém. Não se exige que sejam os sujeitos do direito que se controverte em juízo, nem sequer que estejam ligados a ele. Esse direito ou pretensão é a *res in iudicium deducta,* cuja legitimação ativa e passiva se rege pelo direito material invocado, ou na petição ou por *necessitas defensionis.*

Têm capacidade de ser parte, por exemplo: *a)* todos os homens, inclusive o nascituro; *b)* o Estado do Brasil e as entidades intra-estatais; *c)* os Estados estrangeiros; *d)* as sociedades irregulares, enquanto duram os seus negócios (não

enquanto não se lhes partilham os bens); *e)* as sociedades, antes da atividade social, mesmo antes da assembléia de fundação;]) as sociedades estrangeiras por ações, ainda que não tenham agências no Brasil; g) as comissões de exposição ou de caridade, porém não as organizadas na intimidade ou por confiança efetiva dos membros; *h)* se as comissões ou "comités" têm presidente, ele ou os membros podem ser partes, conforme a estrutura da união impersonalizada, marcada por estatutos, atas, prospectos, publicações ou rascunhos. A construção da capacidade nos casos g e *h* não é a de atribuir-se personalidade a tais comissões e "comités", e sim a de capacidade pré-processual, como a do nascituro.

6. Capacidade de estar em juízo A *capacidade de estar em juízo* ou *capacidade processual* é menos do que a capacidade de ser parte. Pode-se ter a capacidade de ser parte, e não se ter a capacidade processual; porém não vice-versa. Onde não há aquela não pode haver essa. A capacidade de estar em juízo ou recai sobre atos processuais para efeitos em nome próprio, ou por conta de outrem. É a *legitimatio ad processum.* (Outra coisa é a *legitimatio ad causam* legitimação ativa ou passiva no tocante à pretensão de direito material que foi invocada na demanda, e é o seu objeto.) A legitimação ao processo (não à "causa" !) é conceito de direito processual (Leo Rosenberg, *Lehrbuch,* 114); dependente da vontade da parte; irrenunciável (duvidoso, A. Skedl); não suscetível de qualquer efeito do reconhecimento, da revelia, da confissão, da desistência, do compromisso, ou da transação.

Tem-se procurado fazer da capacidade processual simples sombra da capacidade em direito civil; mas verdade é que, ao se tratar dos Estados (Pirk, Der Staat aIs Prozesspartei, *Juristiches Blatt,* 1903, 17) e das pessoas jurídicas, logo se percebe que eles têm a capacidade de ser parte, porém *não* a processual (Konrad Hellwig, *System,* 1, 177, procurou saír-se da dificuldade dizendo que essas não são processualmente capazes, nem incapazes; certo, Rudolf Pollak, *System,* 132). O assunto merece atenção. A pessoa de cujo paradeiro não se sabe, mas cujo foro pode ser determinado, é processualmente incapaz (Rudolf Pollak, *System,* 132). Nos outros países, são em maior número esses incapazes processuais por falta de notícia no começo do processo. A sociedade irregular, porque é simples nome comum de sócios, é processualmente capaz! (Rudolf Pollak, *System,* 132; Oskar Pisko, *Lehrbuch,* 355). O

surdo-mudo, se pode comunicar-se, é processual-mente capaz; ainda quando não

possa advogar, isto é, não tenha capacidade postulacional. Todas as regras acima valem *(lex fori!)* para nacionais e estrangeiros. Tratando-se de estrangeiros, salvo quanto às pessoas físicas de que falaremos adiante, *basta* que a lei deles não exclua a capacidade processual como qualificação material ou também material (sem razão, Gustav Walker, *Internationales Privatrecht,* 133; Hans Sperl, *Lehrbuch,* 1, 169). Quer o sistema jurídico considere pessoa, quer não, a herança jacente é processualmente incapaz (A. Reintelen, Prozessvertretung des Nachíasses, *Festschr~ifur* Franz Klein, 119; Hans Sperl, *Sukzession in den Prozess,* 128).

Há capacidade processual e capacidade de exercício da pretensão processual. Há absolutamente incapazes de exercício.

Há também os relativamente incapazes processuais, que são os relativamente incapazes por direito material (nacional ou estrangeiro). Todos os outros capazes de ser parte são processualmente capazes. Todos os processualmente incapazes são representados processualmente. Sendo capazes de ser parte, eles, e não os representantes, é que são partes. As consequências do processo são contra eles, e não contra o representante. A própria condenação às custas, em princípio, só a eles atinge. Declarações de vontade dos incapazes aos adversários ou ao juiz não valem (Rudolf Pollak, *System,* 134). A incapacidade, quando cessa, desaparece, *ex nunc,* do processo:

imediatamente tem efeito a capacidade.

7. Capacidade postulacional A capacidade postulacional é a de realizar os atos processuais em que haja *postulação.* A parte presta depoimento de parte, mas, se não tem a faculdade de advogar, não pode postular. Quem postula (quem "aposta"), no sistema processual do Estado, é o advogado, e só ele.59 Quem pode ser advogado responde a lei especial, que

59A Const. 88 inclui a advocacia entre as funções essenciais à justiça, declarando o advogado indispensável à administração dela (ari 133). é elemento do direito judiciário, porém não processual. A parte que tem capacidade postulacional e quer, por si mesma, postular, é parte e é advogado. Diz-se, então, que é advogado em causa própria.

As partes que marcam ou limitam a capacidade postulacional~ ou que a dilatam,

são regras de direito processual, e não de outro ramo do direito judiciário. O conceito de advogado não o é; o de capacidade postulacional~ sim.

Nenhuma lei estrangeira pode ser invocada. O império da *lexfori* é completo. Quando o advogado tem poderes para confessar, não postula; de modo que ao direito material, ainda estrangeiro, tem de ser atendido, porque é possível que proiba a representação.

8.Conceito e precisões conceptuais indispensáveiS A capacidade de ser parte é a capacidade que inere a pretensão à tutela jurídica. Quem tem pretensão à tutela jurídica tem capacidade de ser parte; quem tem capacidade de ser parte tem a pretensão à tutela jurídica, salvo se está em causa pretensão futura, para a qual não haja promessa de tutela jundica, ou se não ha necessidade de tutela jurídica (interesse, interesse de agir). Há de ter capacidade de ser parte quem quer ser demandante, ou vai ser (ou quer ser) demandado, ou assistente, autor, ou constrito nas ações de segurança ou cautelares, exequente ou executado. Está para a capacidade processual como a capacidade de direito para a capacidade civil. Todavia, capacidade de direito e capacidade de ser parte não se identificam. Não somente os que têm capacidade de direito têm capacidade de ser parte. Há sociedades e patrimônios a que não corresponde personalidade e têm capacidade de ser parte. O conceito é pré-processual. Quanto às pessoas físicas, não há problemas: têm elas capacidade de ser parte, quaisquer que sejam as circunstâncias, salvo legislação para tempo de guerra. A parte inexistente não é parte; a parte incapaz de ser parte existe como parte, posto que seja *nula* a decisão contra ela.

9.Entes humanos e capacidade de ser parte Para as pessoas físicas, a capacidade de ser parte começa com o nascimento, mas pode ser invocada a regra jurídica sobre os direitos do nascituro, ou mesmo a regra jurídica sobre prole eventual de pessoas pelo testador designadas e existentes ao abrir-se a sucessão. O ser futuro pode ter, portanto~ nas espécies referidas, capacidade de ser parte; e o curador, que se dá ao nascituro, é em nome dele que demanda, ou é demandado. Se não vem a nascer com vida o ente a que se constituiu curadoria, tudo se passa sem se ter de pensar em condição resolutiva dos efeitos antecipados *(Tratado de Direito Privado,* tomo 1, §§ 32, 1, 51 e 52). Apenas se salvaguardaram interesses, durante a indeterminação do sujeito. Leo Rosenberg *(Lehrbuch*, ~a ed., 163) ainda se apega a construção mediante condição resolutiva, mas os argumentos que expendemos contra tal concepção são suficientes (§ *52,* principalmente 4).

Se o foi o próprio demandante que assinou a petição inicial, ou se foi ele que a entregou para despacho, havemos de entender que os herdeiros podem retirá-las antes do despacho: se o não fazem, pode ser despachada a petição, se o juiz ignora a morte. O mesmo raciocínio há de ser feito quanto aos atos de recurso, de oposição e de embargos de terceiro.

a) A concepção do ser humano é fato jurídico *stricto sensu.* Desse fato jurídico não se irradia o efeito de personificação; mas irradiam-se outros: o direito, a pretensão e a ação de alimentos a favor do nascituro; as medidas em beneficio do nascituro, com invocação da lei, como a *missio in possessionem (* de 1939, IV, í a ed., o pátrio poder e a curatela do nascituro. A concepção impede que a mãe, ou o pai, adote alguém, porque é a validade, e não só a eficácia da adoção que fica dependente do nascimento com vida: ocorrendo esse, a adoção foi atingida pela ressalva dos direitos do nascituro (Theodor Kipp, *Lehrbuch,* II, 2, l8~-2o~ ed., 381, nota *15, infine);* repelido, pois, que a possibilidade de ter filhos exclua a adoção (sem razão, Heinrich Demburg, *Das Biirgerliche Recht,* ~v, 3a ed., 339, nota 4), ou que seja sem consequências a concepção (sem razão, a opinião dominante na doutrina alemã, cf. G. Planck, *Kommentar,* IV, 3~ ed., 620; Th. Engelmann-Keidel, em *1. von Staudingers Kommentar,* IV, 2, 1.163).

b) A possibilidade de prole *(Personafutura)* entra como elemento de suporte fâctico de alguns fatos jurídicos *(e.g.,* testamento a favor de prole eventual de pessoa designada e existente ao tempo de se abrir a sucessão). Não é, por si, fato jurídico; porque não é fato, é possibilidade de fato.

c) O nascimento com vida é fato jurídico *stricto sensu.* Irradia-se dele a capacidade de direito e provêm os direitos que se prendem à pessoa. O nascimento sem vida é fato extintivo dos efeitos que haja produzido a concepção.

Não há representação sem haver *pessoa* que se represente e pessoa que represente. Se a lei protege sociedade não-personificada, faz representante, por lei, quem administra ou dirige. Se a lei protege os interesses de pessoa futura, tem de lançar mão da representação legal, como expediente técnico . Não há representação da pessoa do defunto; tal erro grosseiro da doutrina francesa e da italiana *(e.g.,* Aubry et Rau, *C'ours,* Jx, *5~* ed., 373 e 394; E. Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni,* VI, 1, 6~ ed., 3 5.; E. Gianturgo, *Sistema,* 1, 271 e 284; L. Mattirolo,

Tratatto, 4aed V, 91) foi repelido (NicolaCoviello, *Corso completo deI Diritto delle Sucessioni,* 2~ ed., 1, 8-1 1, 293 5.; Pietro Bonfante, 11

concetto dommatico dell' eredità, *Scritti giuridici varii,* 1, 158; Achille Giovene, *II Negozio giuridico rispetto ai terzi,* 24). Tampouco há representação no condomínio. Exceto se algum dos condôminos estiver a administrar sem oposição dos outros: aqui, o direito brasileiro e o argentino se distinguem dos outros, por influência de Teixeira de Freitas, *Esboço,* Ari 4.358, que o chamava *gestor oficioso;* razão por que devemos ter todo o cuidado em leituras de livros estrangeiros. Por exemplo, ao se examinar a argumentação de Vittorio Neppi *(La Rappresentanza,* 57 e 263 s.). Nem há representação entre devedores solidários, como pareceu a alguns italianos e franceses, como E.

Pacifici-Mazzoni *(Istituzioni,* ~v, 5~ ed., 61 e 65) e a Marcel Planiol *(Traité élémentaire,* ii, ia ed., 252). Nem há representação nas espécies em que são responsáveis pela reparação civil pais, tutores ou patrões, fantasia de G. P.

Chironi *(La Colpa nel Diritto civile odierno,* 1, 2~ ed., 370; cp. Vittorio Scialoja, *Lezioni sui Negozi giuridici,* 42 e 47 s., e Carlo Fadda, *Parte generale deI corso di Diritto romano,* 171). Nem há representação no contrato a favor de terceiro, como pensava C. Demolombe *(Cours,* 12,1,81).

Quando a lei faz nascer de negócio jurídico efeito *reflexo* a favor de terceíro, *e. g.,* se o usufrutuário, ou fiduciário, cobra o crédito, não há qualquer representação. Tampouco há representação: se o marido, ou a mulher, sob o regime da comunhão de bens, adquire; se o co-herdeiro, com o dinheiro da herança, adquire bens, ou vende bens da herança, recebendo o preço; se o *solutionis causa adiectus* recebe a prestação, pois recebe por conta do credor, porém não em nome dele.

Nas estipulações a favor de terceiro, não há representação. Por elas, apenas alguns efeitos do negócio jurídico são a favor do terceiro e o estipulante assume os deveres e obrigações. O negócio jurídico é em nome próprio; o terceiro somente recebe direitos (efeitos): não é figurante; é, precisamente, *terceiro* favorecido, ainda quando se subordina tal direito a algum ato ou fato, inclusive contraprestação, porque já se está no plano da eficácia. Se tal contraprestação é no plano de existência do negócio jurídico, estipulação a favor de terceiro não há negócio jurídico oneroso com A, que deixa de ser terceiro, para ser figurante,

representado por alguém. (Abstraia-se do que se pode passar sob o negócio jurídico em que se faz a estipulação a favor de terceiro; *e. g.*, se A, que tem dinheiro de C, compra a casa de B, estipulando a favor de C. Devido ao negócio juridico subjacente, a gratuidade da estipulação é *por cima* da realidade, pois A tem o preço consigo. Tais negócios jurídicos servem a A e C se há dificuldade em apresentar A a procuração de C.)

O representante não pode criar direitos a pessoa *inexistente,* ou a que falte *capacidade de direito.* Se o representado faleceu, ou se nasceu sem vida, de modo que não houve a proteção, ou se perdeu a capacidade de direito, não há representação. A representação do nascituro é enquanto se espera o nascimento; o natimorto não foi representado, de modo que os atos do curador terão sido apenas para o caso de nascer com vida, e as aquisições retificáveis os registros por decisão do juiz que nomeou o curador foram por aqueles que teriam adquirido se não tivesse havido concepção. Assim, se foi nomeado curador ao nascituro e se fez a partilha dos bens, cabendo-lhe uma parte, e o nascimento, após o trânsito em julgado da sentença e a transcrição, foi sem vida, tem-se de retificar a transcrição, mediante outra partilha se há mais de um interessado em vez do falhado herdeiro provisional.

Nos atos de alienação, o adquirente é sucessor do representado: se a esse falta a titularidade do direito, ou o poder de dispor, tudo se resolve como se o alienante tivesse alienado, ele mesmo, o que não era seu. Não há qualquer diferença. Quanto aos deveres, obrigações e situações passivas em ações e exceções, que nasçam ao representado, também tudo acontece como se fora ele o que diretamente os assumiu. O incapaz é que os assume, e não o titular do pátrio poder, tutor, curador; os herdeiros, e não o inventariante; a massa concursal, e não o síndico. Em princípio, se o representante excede os poderes, sem que o terceiro conheça, ou deva conhecê-lo, responde como se houvesse atuado, quanto ao excesso, em nome próprio. O terceiro deve saber o que pode o titular do pátrio poder, o tutor, o curador, o síndico, o testamenteiro, o inventariante. Todavia, o dever de provar os poderes não somente existe quanto à representação por outorga de poderes.

As atribuições patrimoniais, que pelo representante se fazem ao terceiro, são entre representado e terceiro. O

acordo sobre a *causa* pode ser por intermédio do representante B, ou diretamente

(entre A e C), como se A dá poderes de representação para B vender a C a casa, recebendo, como preço, nota promissória para a qual Ajá deu ressalva, pois em verdade doou a C a casa. Por isso mesmo que o ato jurídico produz efeitos pró e contra o representado, não se há de cogitar de qualquer *passagem* pelo representante: o Estado não pode lançar imposição de transferência sobre a procuração em causa própria se o procurador não *notificou* o devedor, ou não vai transferir para o seu nome a propriedade (contrato consigo mesmo). Fora dai, o terceiro é sucessor do representado, sem se conceber que o representante precise ceder os direitos ao representado.

Quem manifesta vontade, ou comunica vontade, conhecimento ou sentimento, éo representante; por isso, não precisa ser capaz o representado, para o ato que se pratica, se o poder de representação não se extinguiu. Se o representado outorga poderes, mas na procuração insere reserva de consentir sobre alguns pontos (se reservou consentimento não outorgou poderes), tem-se de conceber o ato jurídico como condicional, ou como de recepção de oferta, sem ter havido, ainda, aceitação, ou como para ser feito com a inserção reprodutiva de manifestação de vontade do representado em outro instrumento, se por escritura pública o ato, ou com a juntada de tal manifestação como parte integrante do instrumento particular.

Os *direitos de personalidade* são ditos essenciais, imprescindíveis, à personalidade. O problema torna-se mais preciso quando se discute se o direito ao nome comercial individual é direito de personalidade, ou não. O direito ao nome das pessoas jurídicas, civis, comerciais, ou públicas, é de personalidade, e imediato; personalidade e nome exsurgem juntamente. O nome comercial individual é variante do nome civil, ou o próprio nome civil, sem qualquer alteração. Funciona como o nome articular que se destina à atividade comercial e como do pseudônimo.

O *direito a ter nome* é direito inato; nasce-se com ele. O nascituro é identificado pelos informes sobre a mãe e o tempo da concepção: ainda não tem o direito a ter nome, posto que possa ser resguardado. O direito ao nome não é inato; nasce com a aposição do nome.

O *direito à honra* é inato. Os próprios nascituros são protegidos. Se A diz que o filho da viúva B não é legitimo, pode o curador do nascituro exercer as pretensões e ações, penais e civis, que correspondem ao direito à verdade e ao

direito à honra, *no tocante ao nascituro.*

A inatividade do direito à honra não importa em que se tenha como conteúdo da honra algo de imutável e homogêneo. Com a personalidade nasce-se, mas com a personalidade também se vive. A honra do tesoureiro do banco tem *plus* de sensibilidade (= atingibilidade pelos atos ilícitos), em comparação com a do mercador da rua; posto que se não possa negar a existência de elementos-cerne do direito à honra: acusar-se, falsamente, de *mais um* crime ao criminoso de *um* crime é tanto calúnia quanto imputar-se crime a alguém cuja vida é ilibada. O que faz a diferença entre a ofensa à honra, pela calúnia, e a ofensa à honra, pela injúria ou difamação, no que concerne à unicidade, no tempo e nas pessoas, do conteúdo da honra, em se tratando daquela, é que, na calúnia, está em causa ofensa ao direito à verdade, que é imutável e homogêneo. Na ofensa por injúria ou difamação, a honra, com o seu conteúdo *vivido,* é que é ofendida.

10. Entidades criadas pelo homem As sociedades sem personalidade jurídica têm capacidade de ser parte.

Ativamente, legitimados são, em litisconsórcio necessário, todos os seus membros (cf. Arthur Nussbaum, Die nichtrechtsfahigen Vereine im Prozess und Konkurs, *Zeitschriifiir deutschen Zivilprozess,* 34, 107). Demandantes são os membros da sociedade não-personificada que figuram na petição, por meio dos administradores, ou se apresentaram ou foram notificados até encerrar-se o debate oral, ou, se debate oral não há, até serem conclusos os autos, inclusive em se tratando de membros novos da sociedade.

A sociedade não-personificada, pois que tem capacidade de ser parte, pode *propor ação, reconvir, pedir,* dentro do procedimento, *indenização,* ou *restituição do enriquecimento injustíficado, pedir e executar* a decisão, *opor-se* e *suscitar* processos *incidentais, opor embargos de devedor* e *embargos de terceiro.* Em todas essas espécies há, evidentemente, capacidade ativa de ser parte, posto que, ai, se "defenda".

Se a decisão na causa foi favorável à sociedade autora sem personalidade, tal decisão pode ser que seja rescindível; não é nula (sem razão, A. Skedl, Parteiunfãhigkeit, absoluter Nichtigkeitsgrund, *Rheinische Zeitschr,i,* 12, 347 s.), nem ineficaz. Todavia, se a decisão tem de ser executada (ação executiva de sentença), pode ser alegada, na ação *iudicati,* a falta de capacidade de ser parte

por não se ter constituído, criado, tal sociedade. *Aliter,* se a execução é em virtude da sentença mesma (executiva ou com carga imediata de executividade). É difícil admitir-se que, sendo capaz de ser parte ativa a sociedade sem personalidade, a decisão na ação não faça coisa julgada material quanto à execução da sentença, que é outra ação de objeto diferente, salvo se sobre esse ponto houve decisão em sentença incidental ou na sentença final, porque, então, a carga de eficácia mediata da decisão, que se vai executar, traz consigo a coisa julgada da ação em que se proferiu a sentença exeqílenda (sobre o assunto, Wolfgang Hein, *ldentitat der Partei,* 1, 344 s.; James Goldschmidt, *Der Prozess ais Rechtslage,* 510; cp.: Bennecke-Beling, *Lehrbuch des deutschen Reichs-Strafprozessrechts,* 294; Von Baligand, Zur Lehre von der absoluten Urteilsnichtigkeit, *Gerichtssaal,* 72, 242; Walter Jellinek, *Der Fehlerhaie Staatsakt und seine Wirkung,* 122; Arthur Nussbaum, *Die Prozesshandlugen,* 17; Arthur Michel, *Absolute Nichtigkeit von Zivil-undStrafurteilen, 58).*

A entidade não-personificada pode, no direito brasileiro, *(a)* ir ajuizo ou postular perante as autoridades administrativas, se precisa ou se lhe é negada a autorização para se criar: não são só os componentes que têm legitimação ativa; tem-na a entidade não-personificada. A entidade não-personificada pode pedir *(b)* as inscrições: o órgão da entidade já aí funciona como órgão . São duas exceções ao princípio de não ter capacidade ativa a entidade ainda não-personificada. Quando em princípio tem de incidir, não se pode pleitear a favor da entidade se não mais há a totalidade dos componentes, isto é, se falta um deles (G. Planck, *Kommentar,* 1, 124; F. Endemann, *Lehrbuch, 1,* 8~-9~ ed., 205, nota 19; Friedrich Stein, *Die Zivilprozessordnung,* 1, 144, nota *59;* sem razão, Konrad Hellwig, *Lehrbuch,* 1, *305, A nspruch und Klagrecht,* 296, e Eduard Hólder, *Natiirliche undjuristiche Personen,* 278), salvo se a falta diminui o número de componentes sem que dissolva a entidade. É inepta a petição que, ainda assinada por todos os componentes, ou por advogado ou procurador de todos eles, seja em nome da entidade não-personificada. Se, devidamente proposta a ação, se emprega, depois o nome da entidade, não ocorre mudança de pedido, porém apenas incorreção de linguagem. Se a personificação ocorre pendente a lide, há sucessão processual: a entidade sucede aos componentes. Para as exceções *(a)* e *(b),* o órgão funciona como órgão da entidade a ser personificada, à semelhança do que se passa a respeito da proteção do nascituro. Aí,o órgão não precisa do assentimento dos componentes da entidade; os próprios dissentintes estão ligados ao ato da futura pessoa jurídica, ainda quando

o poder do órgão decorra da deliber.ação da assembléia e essa se tenha realizado de acordo com o ato constitutivo ou os estatutos (Cari Crome, *Systein,* 1, 264, nota 38). Algum ou alguns componentes não podem pleitear pela entidade (Otio Warneyer, *Kommentar,* 1, 86).

O locador, acudindo à citação para renovação de contrato, pode alegar ter proposta de terceiro, competentemente individuado para locação do prédio por prazo pelo menos igual ao mínimo constante da proposta ajuizada, em condições melhores. Tratando-se de pessoa física, qualquer pessoa que não seja o locador, ou o locatário, é terceiro.

A respeito do locatário, se apresentou a sua oferta, nada obsta a que a pessoa jurídica de que faça parte apresente a sua. Tratando-se do locador, dá-se o mesmo. Se o locatário, é pessoa jurídica, nenhum dos seus membros ou sócios, ou dirigentes, fica inibido de, como terceiro, oferecer-se como futuro locatário. Se o locador é pessoa jurídica, o membro ou sócio pode apresentar a sua oferta, como terceiro, que é.

O problema somente se cobre de certo interesse científico quando vem à balha a oferta apresentada pela sociedade, associação, ou fundação, ainda não personificada. Então, tem-se de examinar a questão quanto à oferta da futura pessoa jurídica, de que faz parte, como membro, associado, sócio, ou dirigente, o locatário, e quanto à oferta da futura pessoa jurídica, de que faz parte como membro, associado, sócio, ou dirigente, o locador.

A entidade ainda não personificada já está, decerto modo, distinguida das pessoas dos seus membros, porque já háo patrimônio destinado a fim. Por isso, se, por falta de autorização, ou de registro, se não reputam pessoas jurídicas, não podem acionar a seus membros, nem a terceiros; mas estes podem responsabilizá-la por todos os seus atos.

Seria o mesmo, *a priori.*

Os atos das próprias entidades que ainda se não registraram são delas. Para as ações executivas, é preciso que o título seja contra a entidade, o que bem mostra já estar o suporte fáctico da futura pessoa jurídica a discriminar patrimônios. Pode ser demandada, como pode ser alvo de pretensão ou de exceção. O patrimônio ainda pertence aos membros, mas já está em comum, sujeito às

regras do ato constitutivo, o que o diferencia dos patrimônios dos membros. Nenhum dos membros pode exigir a divisão, porque existe mais, a respeito do patrimônio, do que comunhão existe *ofim* a que se destina. Ao patrimônio da entidade vai tudo que ela possa adquirir e não pressuponha ato da pessoa; tal como a posse, o crédito emanado de promessa ao público; e tem-se de interpretar que a instituição de herdeiros e o legado são feitos aos membros para que passem à pessoa jurídica, quando nascer construção que se impõe para qualquer negócio em que figurem os membros, vinculados à entidade a personificar-se (Otto von Gierke, *Vereine ohne Rechtsfãhigkeit,* 21; sem razão, Goldmann-Lilienthal, *Das Burgerliche Gesetzbuch,* 1,97).

Se, nos casos em que é permitida a contratação pela futura pessoa jurídica, essa funciona como terceiro, para afastar o locatário com direito à renovação, pode dar-se: *a)* que não tenha sido prevista a utilização do prédio no mesmo ramo do comércio ou indústria, e o locador responde ao locatário por essa utilização inesperada, com a solidariedade da pessoa jurídica, se obrou de má-fé; *b)* se o terceiro, cuja oferta fora apresentada, não se personificou, o locador e aqueles que têm de responder, em vez da sociedade ou fundação não-personificada, são obrigados a indenizar segundo a lei, podendo o locatário, que foi afastado do processo, pedir judicialmente a volta, por ter cessado a eficácia da exceção de melhor locação; *c)* se foi previsto que o ramo do comércio ou indústria seria o mesmo, qualquer indenização já se compreende naquela de que se fala. Nas espécies acima referidas, quando não haja inconveniente para o autor da ação, pode essa dirigir-se contra a sociedade não-personificada.

No direito brasileiro, o terceiro pode ser, como se vê, a própria entidade jurídica ainda não-personificada.

Se a oferta partiu de sociedade por ações ainda não-personificada, mesmo se são subscritores os locadores, nem por isso deixa de ser oferta de terceiro. *E. g..,* o período pré-pessoal da sociedade por ações é caracterizado pela organização corporativa do patrimônio, *tendendo* à constituição da sociedade e à sua personificação. A constituição por ações pode ser por subscrição *totalmente cheia,* se todo o capital é realizado; ou *sucessiva,* se só parte dele (pelo menos dez por cento) o éY> Até a deliberação unânime da assembléia dos subscritores, ou da assinatura da escritura, há apenas declarações de vontade paralelas, todas vinculativas, se preencheram os requisitos legais; com a deliberação da assembléia dos subscntores, ou a assinatura da escritura pública, aquelas

vontades perfazem o ato jurídico coletivo (Otto von Gierke, *Die Genossenschaistheorie und die deutsche Rechtsprechung*, 128 s.; Karl Lehmann, *Recht der Aktiengesellschaien*, 1, 322 s.). E consequência de se tratar de ato jurídico coletivo criativo que a decretação da nulidade, ou a anulação por incapacidade do subscritor, absoluta ou relativa, ou por outra causa, somente atinge o ato constitutivo, se baixou do mínimo legal o dos subscritores e não se providenciou conforme a lei.

O período pré-pessoal das sociedades, quaisquer, pode ser caracterizado pela organização do patrimônio, *tendendo* à constituição da sociedade e à sua personificação. A constituição por entradas pode ser por subscrição *totalmente cheia*, se todo o capital é realizado; ou *sucessiva*, se só parte dele (sem exigência de mínimo) o é. Até a deliberação unânime da assembléia dos componentes, ou da assinatura da escritura, há apenas declarações de vontade paralelas, todas vinculativas, se preencheram os requisitos legais com a deliberação da assembléia dos componentes ou a assinatura de escritura pública, aquelas vontades perfazem o ato jurídico coletivo.

Semelhantemente, quanto às sociedades por ações, conforme antes já dissemos. A subscrição do capital, totalmente cheia ou sucessiva, é pressuposto necessário. Cada assinatura corresponde a uma declaração de vontade, suscetível de se lhe decretar nulidade ou anulabilidade. Tal desconstituição somente atinge o ato constitutivo se baixa conforme dissemos do mínimo o número de subscritores.

Depois de personificada a sociedade, toda a ação é de anulação, ainda se a causa entraria na classe dos atos *nulos.*

Se, porém, há infração da lei pelo próprio ato jurídico coletivo criativo, a ação de anulação não é só das declarações paralelas, e a sentença favorável ao autor atinge a constituição e fundação da sociedade. Cabe a anulação por fraude, quer contra a subscrição, quer contra o ato coletivo, bem assim a anulação; são de admitir-se as ações de vício das declarações de vontade (violência, erro, dolo), de *per si.*

Se a sociedade sem personalidade jurídica se faz parte, legitimamente, é como se tivesse capacidade de direito material, porém não se torna, por isso, com capacidade de direito. Tudo se passa no plano do direito pré-processual e do direito processual. Aí, ela, e não seus membros, é parte; os seus membros

podem, por isso mesmo, ser litisconsortes, assistentes e, até, testemunhas (se não fazem parte da diretoria, Leo Rosenberg, *Lehrbuch*, 5a ed., *165).* E a sociedade não-personificada que se há de considerar para se determinar foro, competência dos juizes, impedimento e suspeição, negação de testemunhar, litispendência e coisa julgada. Mas os membros respondem pela divida, que foi objeto de sentença declarativa, ou condenatória, contra a sociedade não-personificada, porque assim se estabelece em direito material (com razão a jurisprudência alemã, e sem razão Leo Rosenberg, *Lehrbuch*, *5~* ed., *165).*

As sociedades comerciais não-personificadas não escapam ao que acima se disse. Somente elas é que se hão de considerar para a determinação do foro, da competência dos juizes, impedimento e suspeição, negação de testemunhar, depoimento, litispendência e coisa julgada. Os sócios que não são órgãos nem procuradores podem testemunhar e ser assistentes. Se algum sócio sai, ou alguém entra na sociedade, isso não altera a lide. A sentença écontra a sociedade, em se tratando de dívida social, e tudo se passa segundo os princípios do litisconsórcio necessário.

A capacidade para ser parte é pressuposto pré-processual pressuposto de admissibilidade (pré-processual e, pois, também processual) da demanda. Tem de existir no momento em que se profere a decisão sobre o fundo, sobre o *meritus causae*. Como pressuposto pré-processual, também o é processual (= da atuação processual): os atos processuais praticados por incapazes de ser parte ou contra eles são ineficazes, sendo decretável de ofício a ineficácia. A capacidade de ser parte como pressuposto da atuação processual há de existir no momento em que se praticam os atos processuaís. A eficacização opera-se por ato de ratificação pelo ente que se tomou capaz de ser parte; e tal ratificação pode ser expressa ou tâcita; não pode ser parci ai (~ somente para um ou alguns atos). Não pode o que se tornou capaz ser constrito a ratificar; mas é possível que o interessado vá com a cominação de se ter por declaração de não ratificar o silêncio, dentro de prazo fixado pelo juiz, de quem se tomou capaz de ser parte. A ratificação pode operar-se em grau de recurso, ou na ação declaratória de ineficácia, ou na ação rescisória de sentença.

Se, durante o processo, a parte perde a capacidade de ser parte, ou ocorre *a) sucessão total,* continuando o processo com o sucessor universal, ou *b) liquidação* da sociedade ou outra entidade, subsistindo a relação jurídica processual que se estabelecera com a entidade capaz de ser parte, ou *c)* não há

sucessão processual (liquidação, divisão do patrimônio) e a relação jurídica processual continua, *como* se a capacidade de ser parte persistisse, devendo ser chamados a integrar a relação jurídica processual os sócios (sem razão, Ernst Jaeger, Die offene Handelsgesellschai im Zivilprozess, *Festgabe flir* Rudolph Sohm, 54 s., contra a jurisprudência alemã).

A falta da capacidade de ser parte, necessariamente, tem de ser declarada de ofício, e tem de alegá-la qualquer funcionário da justiça que haja de funcionar no procedimento, ou quem quer que exerça múnus público na justiça, como órgãos do Ministério Público, escriváes, tabeliáes, oficiais de registro, testamenteiros, inventariantes, ainda em forma de dúvida levantada, que há de ser resolvida pelo juiz ou pelo tribunal. O próprio adversário, vencedor ou vencido, pode alegar a incapacidade de ser parte. A alegação pelo demandado é *exceção.* Ao incapaz é permitido.

A decisão julga inadmissível a demanda, por ser inexistente a própria pretensão à tutela jurídica (que é pré-

processual).

Se há dúvida quanto a capacidade de ser parte, pode o juiz ou tribunal, ou o relator do feito, fixar prazo para que se faça prova ou se afaste toda a dúvida. Todavia, ainda que se haja esgotado o prazo, se não foi declarada a incapacidade de ser parte, antes de terminar o debate oral ou se operar a conclusão dos autos para a sentença pode ser discutido e resolvido o ponto sobre a incapacidade de ser parte. Se, durante o procedimento, se alega ser incapaz de ser parte um dos figurantes, há *incidente de admissão,* de cuja decisão pela incapacidade cabe recurso.

As custas são pagas pelo demandante, ainda que incapaz de ser parte, sendo solidária a responsabilidade do representante processual ou do órgão da sociedade não-personificada ou da fundação não-personificada, se o é do demandante. Se foi o demandado que afirmou ser capaz e compareceu sem ser citado, respondem ele e o representante ou o órgão, ou eles e o advogado, solidariamente.

Se houve infração de regra jurídica sobre capacidade de ser parte, a ação a propor-se após o trânsito em julgado é a ação rescisória de sentença, ação

constitutiva negativa, mas qualquer decisão antes da coisa julgada é declaratória positiva ou negativa.

Observe-se que o figurante incapaz de ser parte tem *pretensão à tutela jurídica* para que se lhe declare a incapacidade de ser parte, ou para que se rescinda a sentença que o declarou capaz de ser parte (= tem capacidade de ser parte no incidente sobre incapacidade de ser parte, ou na ação rescisória de sentença que o considerou capaz de ser parte). No recurso, que acaso interponha, não se pode acolher, como preliminar do *recurso*, a alegaçao de ser incapaz de ser parte; tem-se de julgar a incapacidade de ser parte *na demanda* (preliminar da "ação").

O ônus da prova para as *questiones facti* concernentes à capacidade de ser parte toca ao demandante; ou ao demandado, se foi ele quem suscitou a questão da inadmissibilidade da demanda por sua incapacidade de ser parte, ou por ser incapaz de ser parte o demandante.

11. Terminação da capacidade de ser parte A capacidade de ser parte termina com a morte da pessoa física, ou com a perda da capacidade por parte da entidade criada pelo homem. Morto não pode ser parte. Se a parte morre depois da litispendência, a relação jurídica processual passa por mudança de sujeito (ativo ou passivo, não importa): com o herdeiro ou herdeiros é que se há de prosseguir. Resta saber-se se a sentença proferída a favor ou contra o morto, depois da *"conclusio"* (= encerrado o debate oral, ou não mais tendo de ser ouvida a parte), é eficaz. Os herdeiros têm os recursos e a ação de rescisão, que o decujo teria, quiçá, por outras causas, e a ação de nulidade da sentença. Se a morte foi antes da litispendência, o ato processual da petição posterior à morte do autor é ineficaz, ou o é o ato processual da citação posterior à morte do demandado. Se a morte do demandante foi posterior à apresentação da petição a despacho, ou se a morte do demandado foi posterior à citação (= a ter-se como consumada a citação), o ato processual da petição, ou o da citação tem toda eficácia.

A lei diz qual a sorte dos atos processuais praticados durante a suspensão do processo, por morte de qualquer dos litigantes, mas omitiu-se qualquer regra jurídica escrita sobre a sorte dos atos processuaís praticados enquanto se ignorava a morte do demandante ou do demandado. Afastamo-nos do direito processual civil austríaco, nesse ponto, e aproximamo-nos do direito processual civil alemão, em cuja Ordenação Processual Civil, ~ 86, se diz que o poder não

se extingue pela morte do outorgante; mas tal continuação dos poderes somente ocorre se o curador ignorava a morte; sabendo-o, teria de pedir caução *de rato.* Se é eficaz o ato processual, por se não haver suspendido o processo, ignorando o procurador a morte, tem-se de construir a espécie como tendo havido transferência da outorga de poderes ao herdeiro ou aos herdeiros enquanto se ignora a morte.

Embora ciente da morte, interdição ou mudança de estado do mandante, conforme o direito material, deve o mandatário concluir o negócio já começado se houver perigo na demora. Aqui, o procurador não ignora a morte do litigante, e deve comunicar o fato ao juiz, que tem o *dever de determinar a suspensão do processos* sem que cesse ao procurador o *dever de prosseguir* se, por qualquer circunstância, há perigo na demora.

Assume maior importância a questão se o ato processual, de que se trata, é o ato processual da petição. Aqui, ainda na Alemanha, a solução não foi pacífica, a despeito do § 86 da Ordenação Processual Civil. A jurisprudência e a doutrina alemãs admitem que seja eficaz a petição feita pelo procurador, que ignora, ou não, a morte do outorgante (Karl Heinsheimer, *Juristische Wochenschrd~t,* 48, 327; contra, Wilhelm Kisch, *Juristische Wochenschrii,* 50, 41).

O dever não pode ser invocado, porque um dos pressupostos é já se haver iniciado o negócio. A solução certa, no direito brasileiro, é a que tem por ineficaz o ato do procurador, no tocante ao despacho da petição, ou à citação, se, já morto o autor ou o réu, ignorava o procurador, ou não, a morte. Não se trata de nulidade, mas de ineficácia. Os atos foram de gestor de negócios sem poderes. A eficacização pode, portanto, sobrevir.

Questão delicada é a de se saber se, tendo o juiz ciência da morte do demandante, ou do demandado, e não tendo decretado suspensão do processo, os atos processuais praticados antes da decretação são ineficazes, ou nulos, ou eficazes. O juiz infringiu a lei, que lhe impõe a determinação da suspensão desde o momento em que o motivo lhe for denunciado e tal violação pode ser causa de rescisão da sentença. O problema da eficácia é outro: se o procurador da parte ignorava a causa para a suspensão, o ato é eficaz; se a conhecia, ineficaz. Não, propriamente~

causa de nulidade do ato. Se ineficaz, o herdeiro ou herdeiros podem ratificá-lo,

eficacizando-O . Não importa, se eficaz, discutir-se se o ato processual foi proveitoso ou não ao demandante antes morto ou ao demandado antes morto. Importa, sim, se ineficaz, para a responsabilidade do gestor de negócios perante o herdeiro ou os herdeiros.

12.Incapacidade de ser parte e nulidade Nos autos em que se alega nulidade por incapacidade de ser parte, o juiz não pode proferir qualquer decisão antes de *decidir* sobre o que se alegou: porque, se éprocedente a alegação, não há relação jurídica processual. A reI ação jurídica processual é efeito do exercício da pretensão à tutela jurídica; e não há tal pretensão. Se não há relação jurídica processual, nenhum ato vale, nenhum ato é processualmente válido, inclusive decisões em qualquer instância. Vamos aos exemplos: houve citação, procedimento, decisão, recurso, julgamento de recursos; início de execução de sentença. Descobre-se que o autor nunca existiu ou já não existia ao tempo da petição inicial. Não há titular de qualquer direito que a sentença lhe atribua, nem há titular ainda no passado da pretensão à tutela jurídica ou da pretensão às sentenças. Nada sai do nada. Dá-se o mesmo se se descobre que a sociedade não existiu, ou já não existia ao tempo da propositura da ação.

Enquanto não cessa a aparente relação jurídica processual em que figurou o morto, ou o nunca existido, ou a sociedade inexistente, é possível pedir-se a extinção do processo.

A lei processual não fez dependente do prazo preclusivo a alegação da incapacidade de ser parte. Porque: *a)* tal incapacidade pode só ter sido descoberta pouco antes do momento em que se alega; *b)* tal incapacidade pode sobrevir. Dai ser possível, sempre, o pedido de extinção do processo. Por outro lado, a falta de capacidade de ser parte faz nulas e não só rescindíveis as sentenças.

Não há sanação da *nulidade* decorrente da incapacidade de ser parte, porque seria admitir a ressurreição do morto, o nascimento *no passado* de pessoa que não existia, ou a retro eficácia de constituição de pessoa jurídica já extinta.

Ari 70 *Toda pessoa* 4) *que se acha no exercício dos seus direitos* 2) *tem capacidade*) *para estar em juízo* 3)~

1.Conceito de capacidade para estar em juízo Enquanto a capacidade de ser parte

se prende à titularidade da pretensão à tutela jurídica, a capacidade processual ou de estar em juízo diz respeito a *prática* e a *recepção* eficazes de atos processuais, a começar pela petição e a citação, isto é, ao pedir e ao ser citado. É a capacidade de *exercício,* para que nasça e seja eficaz a relação jurídica processual e se prossiga no processo. Nem todas as pessoas capazes de ser parte, nem todos os entes excepcionalmente capazes de ser parte sem serem pessoas, têm capacidade processual. Por exemplo: os loucos e as entidades sem personalidade passivamente capazes de ser parte. O conceito de capacidade processual, como o de *legítima persona standi in iudicio,* é de direito processual, ao passo que o de capacidade de ser parte, como ode pretensão à tutela jurídica, é pré-processual. A técnica legislativa procura fazer coincidentes, quando possível, a

capacidade processual e a de direito civil, mas não se obtém coincidência perfeita.6’ Advirta-se que, quando, na lei processual, se alude a “incapazes” e a “capacidade”, é a incapazes segundo o direito material e a capacidade segundo o direito material que se refere a lei processual; mas incapazes para atos jurídicos lícitos e capacidade para atos jurídicos lícitos, mais restrita-mente para negócios jurídicos. Está fora a capacidade para delinqílir, a capacidade para atos ilícitos, bem como o poder de dispor. Trata-se, portanto, da capacidade negocial em geral, e não da capacidade negocial que se exige para algum ou alguns negócios jurídicos especiais. Quem se pode obrigar negocialmente é capaz processualmente. A mulher casada não éprocessualmente incapaz; apenas precisa de assentimento do marido para litigar, o que lhe limita a faculdade de gestão processual. As pessoas jurídicas não são incapazes: presentam-nas os seus órgãos; os atos processuaís dos seus órgãos são atos seus. Daí não podermos dizer, como em geral se diz, que as pessoas jurídicas são processualmente incapazes e os seus órgãos atuam como representantes legais; os órgãos presentam-nas, não as representam. Por vezes as leis erram: põem “representadas” por “presentadas”; ora, na espécie, os órgãos é que atuam.

No ari 70 não se trata da legitimação a ser parte. No plano do direito material, o ter direitos e o poder exercê-los são inconfundíveis: pense-se nos menores e em pessoas por outra razão que a idade se têm como incapazes. Quem tem direitos e pode exercê-los também pode ser parte, mas, para exercer a pretensão à tutela jurídica, também precisa ser capaz. Para *atuar* em juízo, é necessário que o Estado reconheça que à pessoa que vai, com a outorga de poderes, a lei haja reconhecido tal legitimação. Daí a relevância do ari 36, onde se exige para o

exercício da representação em juízo que o outorgado seja advogado legalmente habilitado, só se permitindo a postulação em causa própria quando a parte tenha habilitação legal, ou não a tendo, “no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver”.

Se a pessoa se acha no exercício dos seus direitos tem capacidade para estar em juízo. Não se acha no exercício dos seus direitos os menores de dezesseis anos, os loucos de todo o gênero, os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade, os ausentes declarados tais por ato do juiz (Código Civil, ari 50 1-1V) todos absolutamente incapazes. São relativas61 *V.* g., o * 20 do ari 80 da Lei n0 7.244, de 7.11.84. que dispõe sobre o juizado especial de pequenas causas, atribui ao maior de 18 anos capacidade de ser autor, independentemente de assistencia.

mente incapazes os maiores de dezesseis anos e menores de vinte e um anos, os pródigos, os silvícolas, enquanto ainda não adaptados à civilização do País (ari 60, e parágrafo único). O ari 90 alude à habilitação *ex lege* ao terminar a menoridade e, no § 10, 1-1V, a fatos que dão ensejo à cessação da incapacidade: casamento, exercício de emprego público efetivo, colação de grau científico em curso de ensino superior, estabelecimento civil ou comercial, com economia própria. Sempre exprobramos o erro do Código Civil quando pôs a mulher casada na lista dos incapazes, o que se tinha de pôr de lado, a despeito da liberalidade; até que fomos atendidos posteriormente.

Quanto aos que vêem nas pessoas jurídicas falta de capacidade processual, o erro é gravíssimo: uma vez que elas são presentadas por seus órgãos, presentes estão; e seus órgãos , presentando-as, é que outorgam poderes de representação.

2. Distinções relevantes Desde o princípio do Título 1, mostramos o que é direito pré-processual, o que é de direito material e o que é de direito processual. Passamos agora à referência prática de que depende, com boa terminologia, qualquer exposição do direito processual.

Se o proponente de “ação” (no sentido do direito processual) não é titular de direito, pretensão e ação, ou só de pretensão e ação, ou só de ação (no sentido do direito material), há legitimação *ad causam.* O assunto concerne ao mérito. Evite-se falar em titulares de interesses, porque leva isso a confusões graves. Não se há de misturar com a legitimação *ad causam,* que supõe a titularidade da

ação (de direito material), com a “ação” (de direito processual) ou “direito de ação”, ou com a titularidade da pretensão à tutela jurídica, que é pré-processual.

Se a pessoa, física ou jurídica, não é sujeito ativo ou passivo de alguma relação jurídica, ou a lei não lhe conferiu tal posição, falta-lhe a legitimação *ad causam*, inclusive se a ação, que vai propor, ou propôs, é declarativa. Seria absurdo que terceiro, sem qualquer posição jurídica necessária suficiente, pudesse pedir a declaração da existência ou da inexistência de relação jurídica em que de jeito nenhum se inseriu, ou se insere, ou vai inserír-se. Quem não tem ação (no sentido de direito material) não pode propor ‘‘ ação ~~ (no sentido de direito processual), salvo se a lei criou essa, excepcionalmente, o que raramente acontece e exige explicitude.

Excepcionalmente, atribuem-se direitos a quem ainda não é pessoa, mas a própria pessoa física ou entidade personificada pode não estar a exercer os direitos, ou porque atribui a outrem o exercício, ou porque a lei lhes retirou, em virtude de alguma causa, de interesse da pessoa ou de interesse público, a exercitabilidade. O ari 70

apenas explicita que tem capacidade para estar em juízo a pessoa que se acha no exercício dos seus direitos.

“Achar-se”, aí, está em vez de situação de poder exercê-las.

O ari 70 fez bem em partir do direito material (toda pessoa que se acha no exercício dos seus direitos) para ir ao direito processual: quem ali é capaz aqui o é. A capacidade de direito material é ponto em que começa a capacidade de direito processual. Depois, vem a capacidade processual que não corresponde à de direito material. Tem-se esse *plus*, por exemplo, na legitimação passiva processual das sociedades sem personalidade jurídica. Parte é conceito de direito processual; figurante de relação jurídica de direito material não é parte, no sentido típico do direito processual, é titular do direito, pretensão e ação e sujeito passivo, no dever, na pretensão e na ação. O autor de uma ação pode ser indiscutivelmente legitimado e perder (não tinha a ação, de direito material, tinha a de direito processual). E erro grave falar-se de parte em direito material. Mesmo dizer-se ser “parte legitima” quem vai vencer leva a confusões; aliás, quem foi legitimado à “ação” e perdeu não se poderia chamar parte ilegítima.

Pensemos na sentença favorável que foi rescindida: quem fora parte legítima passou a ser ilegítima. Em direito não se pode cair em mistura de conceitos. Não havemos de escorregar de um ramo jurídico para outro.

Outro ponto que se há de frisar é que há *presentação* pelos órgãos (o que é órgão está dentro de alguma entidade) e há *representação.* Por outro lado, não se há de unificar toda a legitimação processual em virtude dos cargos, que os alemães chamam *Partei KraiAmtes)* há titulares de cargos que não podem presentar e titulares de cargos (órgão) que presentam. Órgão que atua pela entidade não é parte: presenta a parte, dai houve dois erros na expressão alemã: em razão do cargo, *Krai Amtes,* pode-se presentar ou representar, mas, em qualquer das hipóteses, não é parte; parte é a entidade. Além disso pode o cargo ser apenas para representar.

3. Capacidade de estar em juízo Conforme antes frisamos, a capacidade de estar em juízo, capacidade processual, é menos do que a capacidade de ser parte. Pode-se ter a capacidade de ser parte, e não se ter a de estar em juízo.

Trata-se de *legitimatio adprocessum.* Com o ari 70 o Código de Processo Civil inicia o Capítulo Ido Titulo II (arts.

7O~ 13), todos referentes à capacidade processual, inclusive no tocante à presentaçao das pessoas jurídicas e à representação de pessoas físicas e jurídicas, ou mesmo de entidades ainda não personificadas.

A indeterminação do demandado (herdeiro desconhecido, devedor Incerto na execução forçada, proprietário incerto nas ações reais de desapropriação e outros casos) pode dar ensejo à representação do sujeito passivo, raramente do sujeito ativo, no processo, de modo que não há *incapacita ção processual* (sem razão, Leo Rosenberg, *Lehrbuch, 5~* ed.), mas sim *defesa protetiva acidental,* que dura enquanto é de mister a representação, e só concerne à demanda de que se trata.

O itvel também não é incapaz processualmente pelo fato da revelia. O

curador à lide tem função acidental, protectiva. Tampouco é processualmente incapaz o preso, ou o ausente, se foi citado por edital. Só se houve declaração de ausência, há incapacidade de direito material e de direito processual.

Tanto a respeito da parte incerta quanto da parte revel, ou do preso, não é possível pensar-se em incapacidade: *nada falta* à parte; o que ocorre, devido às circunstâncias, apenas dá ensejo à *proteção.* Nem todos os protegidos pela lei, em justiça, são incapazes. O erro dos que aí vêem incapacidade é o de crerem sempre coincidentes *representação* oriunda de regra legal e *incapacidade,* ou de admitirem como verdadeira em todos os casos a extrapolante proposição "protegido = incapaz".

O falido não é incapaz, em direito material. Resta saber-se se o é em direito processual. A respeito dos bens que pertencem à massa, não tem legitimação *ad causam:* o direito material retirou-lhe a administração e disposição de tais bens e qualquer ação quanto a eles. Por isso, e não por outra razão, foi que a 2a Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, a 13 de agosto de 1909 *(R. de D.,* 14, 332 s.), não o julgou legitimado a demandar sobre contrato social e distrato, e o Tribunal de Justiça de São Paulo, a 4 de maio de 1904 *(São Paulo J.,* v, 53 s.), concedeu *habeas corpus* por ter o falido requerido prisão de devedor da massa; mas o Tribunal de Justiça de São Paulo, a 24 de março de 1913 *(São Paulo J.,* 31, 203), julgou procedente a ação de despejo que contra o falido foi proposta.

O poder de dispor tem-no de regra o titular do direito, pretensão, ação ou exceção. O poder de dispor está no conteúdo mesmo do direito, da pretensão, da ação, ou da exceção. Todavia, a cada momento deparamos com *limitações* (legais) e *restrições* (negociais) ao poder de dispor. Limitação há quando a lei limita o poder jurídico.

Por exemplo, se a Lei de Falências estabelece que desde o momento da abertura da falência, ou da decretação do sequestro, o devedor perde o direito de administrar os seus bens e deles dispor. Aí, há duas limitações, a lei duas vezes faz incursão na esfera jurídica do falido: retira-lhe a administração, e limita-lhe o poder de dispor, retirando-o, quanto aos bens da massa, ao falido. A limitação ao poder de dispor é no terreno do direito material e somente quanto à eficácia. É de suma importância frisarmos que tal regra é de direito material, inconfundível com as regras de direito processual que há na lei de falencias.

Por outro lado, de modo nenhum atinge a capacidade do falido. O falido não é incapaz; se dispõe de bens de massa, ineficazmente dispõe: o seu ato tem a sorte de todo ato de disposição por parte de quem não tem poder de dispor, inclusive de quem dispõe da coisa alheia se a lei não lhe deu, excepcionalmente, tal direito. A situação do falido é a do executado nas ações de execução de sentença, ou nas ações executivas de títulos extrajudiciais: se o executado dispõe de bem penhorado, ineficazmente dispõe.

A limitação e a restrição ao poder de dispor podem ser ocasionais, como acontece, em relação ao bem de família, ou em relação à massa falida,. quanto ao falido, ou em relação aos bens arrestados e sequestrados, quanto ao dono deles. As vezes, a limitação só se refere à exigência de assentimento de outrem *(e. g.*, disposição de bens imóveis, tratando-se de cônjuges; cobrança do crédito dado em usufruto, ou em direito de garantia, para a qual é de mister assentimento do usufrutuário ou do credor com caução).

Mas uma vez devemos frisar que é gravíssimo o erro, encontradiço em alguns escritores e em acórdãos, entre capacidade de ato jurídico *stricto sensu* ou negocial e falta ou limitação ao poder de dispor. A capacidade negocial é protegida por algumas regras jurídicas que dão à prática de negócios jurídicos, em caso de falta de capacidade, a sanção da nulidade, ou da anulabilidade. A prática, a despeito da limitação e da restrição ao poder de disposição, é de conseqUências no plano da eficácia. Se a limitação foi ditada no interesse geral,

não há pensar-se em pós-eficacização, salvo se lei posterior ab-roga a lei limitativa. Se foi ditada no interesse de terceiros, o ato jurídico assentinte do terceiro, ou dos terceiros, a favor de quem se limitou o poder de dispor, eficaciza o ato de disposição originalmente ineficaz. Tal assentimento se parece com o do titular do pátrio poder, tutela, ou curatela, porém não se identifica com ele; principalmente, em sua função posterior ao ato jurídico. Se há falta de assentimento de outrem o assentimento do titular do pátrio poder, tutela, ou curatela, retira a anulabilidade; o do terceiro, ou dos terceiros, nas espécies de que falamos, toma-o eficaz em relação a ele, ou a eles. Por isso mesmo, se o que vendeu a coisa alheia vem a ser dono, a pós-eficacização opera-se, automaticamente: quem quis sem poder ter efeito contra terceiro o ato de disposição, adquirindo a coisa, *assentiu,* antes, na pós-eficacização, porque deixou de haver terceiro. O poder de disposição, à diferença da capacidade de ato jurídico *stricto sensa* ou negocial, concerne ao plano da eficácia. O negócio jurídico anulável por falta de capacidade não se toma válido se o figurante adquire capacidade: e preciso que a pessoa tornada capaz o ratifique. Se há limitação ou restrição do poder de dispor, cessa a ineficácia se cessa a limitação ou a restrição.

Poder de dispor e *vedação de dispor* são Conceitos diferentes. Tirando-se aquele, tira-se mais do que tirando-se esse.

O poder de dispor somente pode ser limitado por lei. O que o titular do direito pode é assumir o dever de não dispor do seu direito. Se viola o dever, que assumiu, responde por perdas e danos. O ato dispositivo não deíxou de ser possível; é válido e eficaz. O dever de não dispor é assumido, em direito das obrigações, pelo titular do direito, sem eficácia a respeito de terceiros.

Um dos exemplos de lamentável confusão entre incapacidade e ineficácia tem-se nos que escreveram sobre perda da administração e do poder de dispor por parte dos falidos. Nas leis às vezes está escrito “nulidade” onde se deveria ter dito “ineficácia”; porem uma das mais altas e prestantes funções dos juristas é a de definir o conteúdo dos termos empregados pela lei, para que flua sem contradições o sistema jurídico, que é sistema lógico.

A impropriedade da expressão já havia ao tempo da Lei n0 2.024, de 17 de dezembro de 1908, ari 44, § 1~, e J. X.

Carvalho De Mendonça *(Tratado de Direito Comercial*, VII, *453)*, que atinara com a confusão, porém não tinha estudos sobre eficácia e ineficácia dos atos jurídicos, procurou obviar aos inconvenientes de tal substantivo, uma vez que, antes, havia sustentado que, no direito brasileiro, falido não é incapaz (VII, 433 s.): "Perdendo o falido, desde o dia da abertura da falência ou da decretação de sequestro, a administração e a disponibilidade dos seus bens, como consequência, a lei fulmina de nulidade qualquer ato por ele praticado, tendo referência, direta ou indireta, aos bens, interesses, direitos e obrigações compreendidos na falência. Essa nulidade não se funda na incapacidade do falido, que não existe, mas na *indisponibilidade* dos bens da massa, que a lei estabelece." Seguindo-lhe os passos, Trajano de Miranda Valverde *(Comentários à Lei de Falências*, 1, 240) não teve o mesmo cuidado, de modo que, depois de ter dito que o falido não é incapaz (1, 215 s.), resvalou desabaladamente:

"Perdendo a administração dos seus bens e a disponibilidade deles, nenhum ato poderá mais o devedor praticar com referência aos bens, interesses, direitos e obrigações compreendidos na falência. A sanção civil para o caso de violação do preceito proibitivo é a nulidade absoluta, de pleno direito, do ato. Não há necessidade de se invocar o prejuízo que do ato decorreu para a massa. *Quod nuílum est, nuílum producit effectum.* A velha máxima tem aqui inteira aplicação." Primeiro, trata-se de ineficácia, e não de nulidade, tanto assim que, recobrando o poder de dispor o ex-falido, ou adquirindo o direito de que dispôs, se dá a pós-eficacização, conforme os princípios. Segundo, a ação para se apreciar o ato de disposição pelo falido sem poder de dispor é ação declarativa negativa de eficácia, e não constitutiva negativa. A máxima *Quod nuílum est, nuílum producit effectum* não tem qualquer cabimento; a ineficácia é ineficácia relativa. Assim é que se há de interpretar a lei: "Não pode o devedor, desde aquele momento, praticar qualquer ato que se refira direta ou indiretamente aos bens, interesses, direitos e obrigações compreendidos nas falências, sob pena de nulidade, que o juiz pronunciará de ofício, independentemente de prova de prejuízo." O

que o juiz pronuncia, de ofício, é a ineficácia relativa à massa, "independentemente de prova de prejuízo". Se, entretanto, antes da publicação da sentença de abertura da falência ou do despacho de sequestro, o devedor tiver pago no vencimento título à ordem por ele aceito ou contra ele sacado, será válido o pagamento, se o portador não conhecia a falência ou o sequestro, e se,

conforme a lei cambial, não puder mais exercer utilmente os seus direitos contra os coobrigados. Atende-se à boa-fé em que estava o portador do título que recebeu do falido ou prestes a falir, antes da publicação da sentença ou do despacho mandamental de sequestro, o quanto prometido no titulo. Se a lei falencial fala de "aceito" e "contra ele sacado", havemos de entender que a regra jurídica apanha quaisquer espécies em que o sequestrado, *antes* da publicação do despacho, ou o falido, *antes* da publicação da sentença, solveu obrigação cambiária ou cambiariforme (emitente ou endossatário ou avalista de titulo cambiário ou cambiariforme). Se ainda há coobrigados cambiários ou cambiariformes, contra os quais pode cobrar a dívida, o pagamento foi ineficaz, e há de o portador restitui-lo à massa, apresentando o título que entregara ao sequestrado ou falido. A massa, recebendo a quantia, tem de contraprestar o título, no prazo em que ainda possa o portador ir contra o outro ou os outros obrigados. Trajano de Miranda Valverde *(Comentários*, 1, 241) escreveu: "Se não existirem coobrigados, ainda que o portador desconhecesse o sequestro ou a falência, o pagamento é nulo. Ele estará obrigado a restituir à massa quanto indevidamente recebeu do devedor falido." De modo nenhum; não o disse a lei, nem se lhe podia atribuir isso. A lei estatuiu que será eficaz o pagamento do título à ordem (pagamento e ato-fato jurídico, *Tratado de Direito Privado,* II, § *159*, *infine,* III, ~ 308, 1, IV, ~ 386, 7, e XIII, § 1 .498, 6, de modo que não pode ser nulo, nem anulável) se (primeiro pressuposto) o pagamento foi "antes da publicação da sentença declaratória da falência ou do despacho de sequestro", se (segundo pressuposto) "o portador não conhecia a falência ou o sequestro" e se (terceiro pressuposto) conforme a lei cambiária não puder mais exercer utilmente os direitos contra os coobrigados. Para que não incida, é preciso que falte um dos elementos do suporte fáctico. Se o sequestrado ou falido era o único obrigado, ou somente contra ele podia ir o portador, de maneira nenhuma faltou o último pressuposto. Quando não há coobrigados, contra eles não se pode ir. Cumpre, ainda, observar-se que a efetivação do sequestro antes da publicação não o publica: se o portador soube da efetivação, falta o segundo pressuposto.

Todas as regras jurídicas referidas são de *direito material,* e não de *direito processual.* São regras de direito privado, precisamente de direito comercial.

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).

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 procedimento, porém não o extingue; apenas não se prossegue. O representante somente pode praticar atos processuais, se ocorre dentro do prazo. A reaquisição da capacidade opera-se automaticamente. Os atos processuais praticados durante a suspensão, se não cabem no prazo, são atos nulos, mas podem ser permitidos pelo juiz em caso de urgência, para evitar dano irreparável. 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 à outorga válida dos poderes.

Se a parte é processualmente capaz, entende-se que o é para todos os atos processuais que se constituam. 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 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 o assiste, até que ingresse o representante legal. Se o processualmente incapaz praticou atos processuais, são nulos, podendo ser invocado o ari 266.62 O representante O ari 266 autoriza ao juiz determinar a realização de atos urgentes, durante a suspensão do processo, a fim de evitar dano irreparável, vejam-se o ari 13 e o ari 267, iv, que determina a extinção do processo pela falta de pressupostos da constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, um dos quais é a capacidade processual.

legal, que tenha sobrevindo, ou o próprio curador à lide, ou a pessoa que se tornou capaz, pode pedir a repetição do ato ou seu suprimento. Tem-se de atender ao *princípio de salvabilidade.*

A nulidade por falta de capacidade processual é decretável de ofício e alegável pelo órgão do Ministério Público ou pelo funcionário judiciário que tenha de documentar ou oficiar no feito. As dúvidas são resolvidas de oficio. O

adversário pode arguli-la, em exceção, ainda se vencedor na instância inferior; bem assim o representante legal de quem se crê que seja 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 a regrajurídica de corregibilidade; e transitoriamente se admite a demanda, nomeando-se curador à lide.

Se a nulidade atinge a petição ou a citação, a decisão em grau de recurso é de inadmissão da demanda, ainda que tenha havido sentença sobre o mérito, desfavorável ao incapaz *(aliter,* se foi favorável) e as custas do processo suporta-as o demandante, ainda que tenha sido o processualmente incapaz. Se a incapacidade processual sobreveio, é nulo o ato processual que foi praticado ou recebido por ele ao tempo da incapacidade processual. 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* (einstweilige Zulassung der Partei), segundo o ari 266. A nomeação de curador à lide, como a admissão provisional da parte, supõe que se haja declarado a incapacidade processual da parte. Se há dúvida quanto à incapacidade processual, a admissão provisional pode dar-se, *ad instar* do que ocorre no ari 266.63 A falta de capacidade processual, não tendo incidido o ari 266, pode dar ensejo à 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 o representante legal. Até se decretar a rescisão, com eficácia de coisa julgada, a sentença rescindenda é executável.

4. Incapacidade de postulação e de incoação A parte processual-mente capaz pode ser *incapaz para a postulação.*

Basta que não seja advogado, nem membro do Ministério Público, com capacidade processual e postulacional.

Quem não é advogado, nem pode postular, pode ser capaz processualmente, porém lhe falta capacidade para manifestar adequadamente o ato processual. Se o processualmente capaz o é também para a postulação, rege o ari 36 do Código de Processo Civil. A capacidade postulacional abrange a capacidade de pedir ou responder (defender-se) e a de debate oral, razão por que as designações

capacidade de pedir ou de solicitar(Antragsfãhigkeit, nome proposto por Georg Petschek, *Zustãndig-. keitsfragen,* 41) e *capacidade de debate (Verhandlungsfdhigkeit)* são menores do que convém ao conceito.

A *faculdade de incoar o processo* (Prozessfuihrungsbefugnis) não se confunde com a capacidade de ser parte (= o poder ser parte), nem com a capacidade processual (= poder de gestionar por si o processo). A relação de direito material entre as partes, a respeito do objeto do litígio, é que estabelece a faculdade de incoar o processo. Essa está para a capacidade processual como, em direito material, está para a capacidade negocial o poder de disposição. O

falido, no direito brasileiro, é processualmente capaz: não tem, todavia, quanto aos bens da massa, faculdade de incoação processual. Os atos processuais praticados pelo ou contra o que não tem a faculdade de incoação são ineficazes. Se o marido litigou com infração de regra jurídica, ou se o fez a mulher, o ato processual é incapaz. Em todos os casos, o ato processual é válido mas ineficaz, se apenas falta faculdade de incoação. Daí ter-se de distinguir, no direito brasileiro, da sorte dos atos processuais praticados ou recebidos por processualmente incapazes a dos atos processuais com infração da lei, e da sorte dos atos processuais do falido a respeito dos bens da massa a dos atos processuais do louco ou do pródigo. Todavia, enquanto a faculdade de incoação é, nas espécies de direito de família, pressuposto processual e de atuação processual, dando ensejo a admitir-se ou não a demanda, ou o seu prosseguimento, as demais espécies são de legitimação *ad causam* (assim, E. Beling, *Strafprozessrecht,* em F. V. Holtzendorff Josef Kohler, *Enzyklopãdie,* V, 7~ ed., 147; cf. Konrad Hellwig, *Systein,* 1, 161).

Legitimação ativa e legitimação passiva são os dois lados da relação jurídica processual quase sempre, porém não sempre, coincidente com a legitimação de direito material (titularidade do direito, da pretensão ou até mesmo da ação de direito material). À legitimação passiva, no processo, os Romanos chamavam *necessitas defensionis* (L. 1

8, ~ 4, D., *de castrensi peculio,* 49, 17: “sed verius est, cum hoc peculium a patris bonis separetur, defensionis necessitatem petri non imponendam”).

A legitimação *ad causam* dá a faculdade de incoar processo, de exercer pretensão de direito material perante juiz.

Tem-se de verificar se o autor ou o réu é titular do direito ou da pretensão, ou sujeito passivo, ou se lhe foi dada situação ativa ou passiva em ação (legitimação *ad causam* anômala, dita "substituição processual", embora a substituição seja no plano do direito material e na relação jurídica correspondente à pretensão ou à ação). Quem diz legitimação *ad causam*, diz legitimação quanto ao fundo, ativa ou passiva. Aí é que está a "necessitas defensionis" a que aludiu Meciano (Volusius Maecianus, L. 18, ~ 4, D., *de cast rensi peculio*, 49, 17). Todavia, o sistema jurídico atribui legitimação *ad causam* a quem tem direito de administrar patrimônio alheio, ou que assume tal posição de independência, a respeito de direitos e pretensões alheios, e que suscita e conduz o processo em nome próprio, ainda se em virtude de outorga de poder, como a do cessionário ao cedente para exigir o crédito em seu próprio nome, ou do adquirente do imóvel ao alienante para que promova a retificação do registro do imóvel.

A legitimação *ad causam* não é pressuposto processual, como pretendia Leo Rosenberg *(Lehrbuch*, 5a ed., 1821), embora seja pressuposto da atuação processual. Trata-se de parte do mérito, do fundamento da ação, do *primeiro* elemento do fundo da causa. Sem ele, a ação não está fundada, sem se poder julgar o resto do mérito. Ou o autor ou réu não é sujeito, aquele, ativo, ou esse, passivo, na relação jurídica *deducta* (res in iudicium deducta).

(Reproduziu o texto acima e nele baseou a decisão, o Juízo de Direito da 4~ Vara Cível do Estado da Guanabara, a 17 de abril de 1963, *D. de J.* de 19 de abril. O juiz Doutor Epaminondas José Pontes decretou a nulidade de todos os atos processuais, donde o despacho de recebimento do agravo interposto, e ordenou que se tomasse o recurso como de apelação.)

Se falido pleiteia a respeito de bens da massa falida, pleiteia sem faculdade de incoação processual, sem legitimação *ad causam.* Se o herdeiro, havendo inventariante não-dativo, demanda em ações que só seriam incoáveis pelo inventariante, demanda sem faculdade de incoação processual, sem legitimação *ad causam.* Se o cessionário que outorgou ao cedente a faculdade de exigir a prestação a exige, judicialmente, é ilegitimado *ad causam.* Terceiro tem o estado processual Prozesstandschai (Josef Kohler, Der Dispositionsniessbrauch, *Jherings Jahrbucher,* 24, 319). Nem sempre a atribuição da faculdade de incoar processo corresponde perda por parte de alguém. Assim, qualquer co-herdeiro pode reclamar a universalidade da herança ao terceiro. O editor pode exercer as ações do autor da obra intelectual (literária, científica ou artística) se anônima ou

com pseudônimo opaco.

O momento para se apurar a faculdade de incoação é o do encerramento do debate oral, ou da conclusão dos autos para julgamento. Basta que exista nesse momento. A perda, que então ocorra, dá base a julgar-se ilegitimado *ad causam* o demandante ou o demandado.

À perda corresponde transferência a outrem.

Ari 80 Os incapazes ‘)serão representados ou assistidos 2) *por seus pais3), tutores* 4) *ou curadores* ~), *na forma da lei civil.*

Ari 900 juiz 13) 14) *dará curador especial* 17) 12). *1 ao incapaz, se não tiver representante legal, ou se os interesses deste colidirem com os daquele 8);*

II ao réu preso 9), bem como ao revel citado por edital ou com hora certa Parágrafo único. Nas comarcas onde houver representante judicial de incapazes ou de ausentes, a este competirá a função de curador especial 16) ~

1. Processualmente incapazes Os absolutamente incapazes segundo o direito material são processualmente incapazes, absolutamente. As pessoas sás, se, no momento, estão psiquicamente perturbadas, não são Incapazes: apenas não se lhes devem atender os atos processuais *orais.* Os atos processuais escritos não se prejudicam com o transtorno mental passageiro. O mesmo havemos de entender, respectivamente, quanto às recepções de manifestações orais e escritas.

Os relativamente incapazes segundo o direito material são processual-mente incapazes, relativamente. Não se tem no direito processual brasileiro incapacidade processual parcial, que não corresponda à do direito material. É

incapacidade de direito material a do pródigo ou do interdito em se tratando de ação concernente a atos jurídicos que não poderia praticar, como ato de transação, ou de hipoteca; mas a lei estendeu a incapacidade processual, ativa e passiva, a quaisquer demandas, de jeito que o pródigo é, no sistema jurídico brasileiro, processualmente incapaz.

Os incapazes por idade, maiores de dezesseis anos, são *assistidos* pelos pais, tutores ou curadores, salvo perante a Justiça do Trabalho (Decreto-lei n0 *5.452,* de l0de maio de 1943, ari 792: “Os maiores de 18 e menores de 21 anos e as

mulheres casadas poderão pleitear perante a Justiça do Trabalho sem a assistência de seus pais, tutores ou maridos"). O texto do direito civil sobre vinculação do menor relativamente incapaz se ele ocultou a incapacidade (ocultou, sendo inquirido; ou espontaneamente se disse maior) éregra de direito material, mas sem repercussão nas regras jurídicas sobre incapacidade processual.

Menor é, para a lei processual, o incapaz devido à idade. Adotou-se, no Código de Processo Civil, o *princípio da coincidência entre a capacidade de direito material e a capacidade processual.* Assim, onde alguma regra de direito material dê ao menor plena capacidade quanto a alguns bens, o menor é, também, aí, *processualmente capaz.* Capacidade processual do menor, sem capacidade de direito material, seria absurda (cp. Konrad Hellwig, *System*, 178); razão por que havemos de repelir a construção de Francesco Carnelutti, sob o n0 103 das suas *Lezioni,* II.

2. Representação e assistência de incapazes A palavra "representação" está, no ari 80, em sentido de direito comum privado e processual, e não no de direito processual puro. Aliás, a regra deve ser entendida, não como remissiva ao direito privado, principalmente ao direito civil, porém como regra processual. As relações entre incapazes e seus pais, tutores e curadores, nos negócios jurídicos de direito material, escapa ao direito processual.

A matéria pertence ao direito civil. A própria necessidade (material) de autorização judicial para estar em juízo, ou de assentimento, rege-se pelo direito civil, e não pelo direito processual. Não é verdade, porém, que exista princípio *a priori* de coincidência entre a *representação no direito material* e a *representação no direito processual.* Nem mesmo historicamente os dois conceitos andaram juntos ou foram superponíveis. O propósito do legislador do Código de Processo Civil foi o de se afastar o menos possível das normas de direito material; daí a quase coincidência entre o conceito de representação material e o conceito, mais largo, de representação processual.

No direito material, a incapacidade ou é absoluta ou relativa a certos atos da vida civil. Na primeira cabem as incapacidades dos menores de dezesseis anos, dos loucos de todo gênero, dos surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade, e dos ausentes declarados tais por atos do juiz. No tocante a essa categoria de incapazes, há coincidência verdadeira entre os princípios de direito

material e os princípios de direito processual. Todos esses incapazes são representados, no sentido estrito da palavra. Quer dizer: alguém pratica por eles, com ou sem necessidade de autorização judicial, todos os atos de direito material e de direito processual em que tenham de figurar. Dá-se como que a substituição de uma personalidade pela outra, em benefício do incapaz por extrema menoridade, ou por psicose ou neurose grave, ou por surdo-mudez inaproveitada, ou pela declaração de ausência.

A outra categoria de incapazes é formada pelos maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos, pelos pródigos interditados e pelos silvícolas não adaptados à civilização do país. O ari 60, II, do Código Civil de 1916, também incluía a mulher casada enquanto subsistisse a sociedade conjugal. Tal inclusão obedeceu mais a preconceitos tradicionais do que àrealidade da situação em que a pôs o Código Civil. Dai termos sempre exprobrado tal erro do Código Civil, durante quatro decênios, até que se fez a Lei n0 4.121, de 27 de agosto de 1962, que retirou a referência. Também o homem, a respeito de certos atos, não pode litigar sem o assentimento da mulher. E caso há em que a mulher pode litigar sem ter assentimento do marido. Portanto, a expressão “incapaz” é mais forte do que o estado civil, em que a própria lei colocou a mulher casada. A mulher casada não era incapaz.

Posteriormente, no plano do direito público, aLei n0 5.473, de 9 de julho de 1968, que regulou o provimento de cargos e empregos, proibiu a discriminação de sexo. Aliás, já ela era contra os princípios constitucionais.64

Tudo isso se passa no plano do direito material.

Em sentido estrito, os absolutamente incapazes são representados e os relativamente incapazes são assistidos.

Quanto a esses, o ato é praticado por eles, e não pelo pai, tutorou curador. A assistência, conforme o nome mesmo o diz, consiste em estar presente, concordando, o pai, tutor, ou curador. No terreno processual, sempre que o ato tem de ser praticado pessoalmente, e não pelo procurador, os incapazes relativamente a certos atos hão de estar presentes e assistidos. Fora daí, o procurador processualmente representa, ou pode representar, o incapaz e o seu pai, tutor, ou curador. Quanto aos atos que o relativamente incapaz pode praticar sem assistência do pai, tutor, ou curador, ou a lei processual exige que sejam

praticados pessoalmente, ou admite a procuração judicial. No primeiro caso, o relativamente incapaz, que é capaz para o ato, tem de executá-lo ou dele participar, em juízo, por si mesmo, sem qualquer assistência, que seria indevida, do pai, tutor, ou curador. No segundo caso, ele mesmo se faz representar processualmente, pois, então, nos atos em que precisa de assistência não está incluído o de comparecer ajuizo civil. De regra, o relativamente incapaz não pode litigar, sem ser assistido; de modo que a representação processual livre, ainda quando o ato de direito material seja livre, é exceção.

Não só os incapazes sofrem a limitação na capacidade processual. Se os pais, quando exercem o pátrio poder, podem propor ou contestar as ações, representando ou assistindo os filhos, sem prévia autorização do juiz, não se dá o mesmo quanto aos tutores e curadores. Todo ingresso deles depende da autorização judicial.

O instituto do suplemento de idade, impropriamente chamado “emancipação” pelo Código Civil de 1916, e mesmo por alguns juristas, é sem interesse para o direito processual, no que concerne à capacidade processual. Se o menor está suplementado, capaz é, e nenhuma questão surge a respeito. O interesse processual é anterior ao suplemento, por ocasião do processo do próprio suplemento; e aí termina. Se a idade do menor não está suplementada, menor é, como qualquer outro.

3. Titular do pátrio poder Os pais representam os filhos até os dezesseis anos. O direito brasileiro desconhece a pluralidade de titulares do pátrio poder.65 Ou é o pai, ou é a mãe, que o exerce. A necessidade e colaboração dos dois, como se dá no assentimento para o casamento, é excepcional. Depois dos dezesseis anos, aliás no mínimo que se segue ao dia em que esses dezesseis anos se completaram, começa a necessidade da intervenção do menor nos atos de direito material e de direito processual. A procuração que o pai passara ao advogado, ao tempo em que o menor era absolutamente incapaz, há de ser substituida por outra, em que sejam outorgantes menor e titular do pátrio poder.

4. Tutores Para estar em juízo pelos menores, o tutor precisa de autorização judicial.66 Se representava o menor de dezesseis anos e esse se tornou maior de dezesseis anos, a autorização judicial persiste, mas a procuração que passou ao advogado tem de ser substituida por outra em que figurem como outorgantes menor e tutor, cada um no que lhe concerne.

No ari 80 está incluído o tutor judicial, que algumas legislações locais criaram *(5*~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, lO de julho de 1946, *D. da J.*, de 13 de março de 1948, 718). Advirta-se que pode ser federal a lei.

5. Curadores Os curadores, de origem no direito material, são os dos loucos, os dos surdos-mudos, os dos ausentes, os dos pródigos e os dos silvícolas ainda inadaptados à civilização. As três primeiras categorias 50 do ari 226 da Const. 88 preceitua que os direitos e deveres referentes à sociedade coniugal serão exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, e o ari 229 impõe aos pais o dever de assistir, criareeducaros filhos menores. O ari 21 da Lei n0 8.069, de 13.12.90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) dispõe que o "pátrio poder será exercido, em igualdade de condições.

pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil". O ari 380 do Código Civil defere o pátrio poder, durante o casamento, aos pais. "exercendo-o o marido com a colaboraçao da mulher", e o ari 384, V, atribui aos pais a representação dos filhos menores, at~ os 16 anos, e sua assistência, após essa idade.

66 Código Civil, ari 427, VII. correspondem ao conceito de incapacidade absoluta: o curador representa o incapaz.

As duas últimas pertencem à incapacidade relativa: os curadores assistem. Sobre dificuldades de redução dos textos legais à vida prática, remetemos ao *Tratado de Direito Privado,* Tomo IX, §§ 974-999, 1.011-1.049, 1.050-1.058.

O direito material ainda conhece o curador especial do ari 387 do Código Civil, que é dado por colisão de interesses entre pai, ou mãe, titular do pátrio poder, e filho, ou entre tutelado, ou curatelado, e tutor, ou curador.

6.Ministério público e curador especial (aqui, curador à lide) Muito se discutiu, há alguns decênios, se a existência de órgão do Ministério Público no processo preexcluía a necessidade de curador à lide nos casos em que o direito civil o exigisse, devido à colisão de interesses, ou por ainda nao ter o incapaz tutor ou curador. Confundia-se, de um lado, a ação fiscalizadora do órgão do Ministério Público com a função representativa, ou assistencial, do tutor ou curador. Na espécie, do curador à lide. Disse depois o Código de Processo Civil que, nas

comarcas onde não houver representante judicial de incapazes, ou de ausentes, o juiz dará curador àlide, se o incapaz não tem representante legal, ou se os seus interesses colidem com os do pai, tutor, ou curador. Que representante legal é esse? Não é o Ministério Público propriamente dito. O Código previu a hipótese de se haver criado mais essa figura burocrática: o representante legal de incapazes e de ausentes. Incidentemente, observemos que, enquanto a lei de processo se liberta, a lei de organização judiciária tende, no Brasil, a se burocratizar cada vez mais. Não existindo, na comarca, o estranho personagem, nomeará o juiz curador à lide. Que juiz? O juiz da causa ou o juiz de incapazes? A organização judiciária tem de dar a resposta; e é pena que lho deixasse o Código de Processo Civil.

De lege ferenda, só o juiz dos incapazes é que deve designar pessoas que exerçam tutela ou curatela. Fora disso, é o tumulto nas prestações de contas, o contínuo choque entre juízos, o absurdo mesmo do juiz, que vai julgar, colaborando na formação da personalidade processual do litigante. Ou ojuiz cura de interesse de alguém, ou julga.

A confusão é sempre prejudicial ao incapaz e às outras partes.

A regra jurídica do ari 90, parágrafo único, é regra de direito processual. Por ela fica estabelecido que, se não há a figura de que se fala, se tem de nomear curador à lide. A lei local somente pode criar o cargo (cp. 2~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 3 de junho de 1947, *R. dos T.*, 169, 748). É de praxe tomar-se o compromisso, lavrando-se o termo.

Se houve falta do compromisso, porém o nomeado funcionou, não há nulidade cominada (cp. 4~ Câmara Civil, 17

de junho de 1948, 176, 177).

7. Nomeação de curador especial (curador à lide) A nomeação de curador à lide dá-lhe todas as funções que teria o pai, tutor, ou curador, se houvesse de acionar ou defender em juízo o incapaz. Representa-o, se éabsolutamente incapaz; assiste-o, se a incapacidade é relativa. No ari 90 1 e II, o Código falou de incapaz, bem como de citado por edital, ou com hora certa, quando revel o citado. As duas situações, a da incapacidade ou a da incapacidade e a da citação por edital, ou com hora certa, havendo revelia, podem juntar-se. Sobre o assunto,

nota 8. Hoje, a nomeação de curador ao preso independe de revelia (ari 90, II)

Se ojuiz da causa pendente, ou em que o menor ou outro incapaz tenha de ser citado, é competente para a nomeação do tutor ou curador, tem de fazê-lo: o tutor nomeado entra na ação, como representante ou assistente, desde logo. Se a falta de representação fez inválido algum ato ou diligência anterior ao ingresso do tutor ou do curador, há de alegá-lo, desde logo, o nomeado, salvo se, na espécie, se pode sanar a nulidade e entende o tutor ou curador que deva acontecer. Se ojuiz da causa pendente não é competente para nomear o tutor ou o curador, o curador nomeado é apenas *curador especial*, tal como se estabelecia no ari 90 atendido, na hipótese, o ari 90, parágrafo único.

Surgem os problemas de ser curador especial pessoa que é advogado e de não o ser. No primeiro caso, o curador especial funciona como curador especial e como advogado; no segundo, tem de contratar advogado para que o represente. As circunstâncias mais frequentes mostram que o juiz deve nomear curador especial quem é advogado; *e. g.*, o curador especial teria de se pôr a par de negócios do curatelado e providenciar quanto a honorários advocaticios e outras providências relativas ao processo.

Os arts. 225, II, e 232, V, criam problemas diante do ari 90 Temos de resolvê-los naqueles lugares, porque aqui apenas se cuida da nomeação do curador especial. Os arts. 285 e 319 falam da eficácia da revelia. Nos casos de citação com hora certa ou por edital (arts. 225, II, e 232, V), a revelia leva à nomeação do curador especial. Sobre o ari 225, trataremos do assunto.

O incapaz, que não tem representante legal, ou se os interesses desse colidirem com os seus, tem curador especial, que aí *representa* o Incapaz. A situação do preso, ou do revel citado por edital ou com hora certa, é diferente. Não se põe em lugar de representante o curador especial, nas espécies do ari 90 ~I, como ocorre nas espécies do ari 90

1. Ali, não há incapacidade processual, de modo que está heterotópica a regra jurídica do ari 90 J~, porque foi posta no Capitulo 1, que é sobre a *capacidade processual.* O réu preso, tendo advogado, não pode acompanhar a atividade do outorgado de poderes, e aí é que pode estar a razão para se dar curador especial ao preso, mesmo que não seja revel.

8. Falta de representação A falta de representante legal, ou de quem assista ao íncapaz, ou resulta de nunca ter tido representante o incapaz, ou quem a ele assistisse, ou de o ter tido e faltar por morte ou outro motivo. Em qualquer deles, ou o juiz da causa acumula, segundo a lei de organização judiciária, as duas funções a de juiz de incapazes e a de julgador do feito

ou não as cumula. No último caso, deve providenciar, com urgência, para que se dê o curador especial, ou se nomeie imediatamente o representante legal, no juízo competente. No primeiro, ele mesmo decidirá se deve nomear, desde logo, o representante legal, ou se deve designar o curador especial, até que se legalize a tutoria ou a curadoria. O que é importante é que, ao se iniciar a lide, ou melhor, prestes a ser iniciada, nenhum momento passe sem que o incapaz tenha representante legal ou curador especial. Colisão de interesses é qualquer situação em que o ganho de causa por parte do incapaz diminuiria, direta ou indiretamente, qualquer interesse econômico ou moral do pai, tutor, ou curador. Basta o mais leve choque ou possibilidade de choque, entre interesses de um e interesses do outro, para que se tenha de nomear o curador especial.

O direito brasileiro exige, para a nomeação dos tutores e curadores definitivos, que se respeitem as regras do Código Civil. Impõe-se a especialização de imóveis em garantia do exercício da tutela e da curatela. A infração da regra jurídica não tem por sanção a nulidade da nomeação: a especialização da hipoteca legal seria ato posterior; e não há causas *posteriores* de invalidade. Quanto ao termo, que hão de assinar, em compromisso, os tutores e curadores, que seja em livro próprio, rubricado pelo juiz. Tal exigência só se refere aos tutores e curadores permanentes ou definitivos; os curadores especiais, *ad hoc* e à lide *(ad litem ou in litem),* são nomeados para o ato ou no ato, que se tem de praticar, ou nos autos da ação em que têm de funcionar, ou, se o juiz competente é outro, por despacho do juiz, para ser remetida a certidão, por ofício, ou entrega ao interessado, a fim de que, no juízo do processo, funcione o curador nomeado. Não é praxe exigir-se a assinatura de termo em livro próprio a curadores que não sejam permanentes, pois que o compromisso desses é para função limitada.

Quanto à função dos curadores especiais, ou *ad hoc,* para o caso de ter de assinar negócio juridico para o qual se dá por impedido o tutor ou curador *(e. g.*, a ação a ser proposta é contra o cônjuge do tutor) e dos curadores àlide, que são espécie dos curadores especiais, o poder de representação do absolutamente incapaz, ou de assistência ao relativamente incapaz, não é só no plano do direito processual

é, também, no que concerne à espécie, no plano do direito material. Têm eles, no que toca aos interesses do incapaz, dentro dos limites objetivos e temporais desses interesses, todos os poderes que, na espécie, teria o curador permanente ou definitivo. Se especial, ou *ad hoc,* porém não à lide, precisa da autorização judicial para propor em juízo as ações que caibam ao incapaz, ou defendê-

lo judicialmente, ainda a respeito do interesse ou interesses do que tenha de curar. Se à lide, a autorização judicial está implícita: em vez de dois atos judiciais sucessivos, um de nomeação, com delimitação, ou não, de funções, e outro, de autorização para pleitear, ou defender, em juízo, o incapaz, com duas cognições diferentes pelo juiz há uma só cognição e um só ato: o juiz nomeia o curador, porque a lide, pela necessidade da propositura, ou do prosseguimento da ação, ou pela necessidade da defesa, o exige. O curador à lide já é, por definição, curador autorizado a litigar. Nova autorização seria supérflua e impertinente.

Nomeado o tutor definitivo e autorizado a litigar, pode ele contratar advogado. Não se precisa de nova autorização.

Dá-se o mesmo com o curador especial, ou *ad hoc*, a que se deu autorização judicial para litigar. Quanto ao curador à lide, está, conforme já foi dito, implicitamente autorizado ao pleito, de que se trata. Não se deve dar curador à lide que seja iletrado: *Curatorem ad litem semper dari hominem literatum;* e sói dar-se tal função a advogado de nota.

Não é, porém, pressuposto necessário que seja advogado.

Em vez de empregar, aqui e ali, a expressão “curador especial”, preferimos a de “curador à lide”, porque em verdade ele, embora não seja advogado e não postule, só serve à lide. Tão ligada a ela é a sua restrita função que só o juiz da causa o pode nomear.

Foi insigne peculiaridade do direito português reinícola a dação de curador à lide, fosse réu ou autor o incapaz; e tal compreensão, que Manuel Álvares Pêgas considerou a melhor, se transmitiu ao direito de hoje.

A assinatura do termo nos autos, pelo curador à lide, é o *iuramentum de bene defendendo,* de que falavam os juristas portugueses, e o curador àlide (Ordenações Manuelinas, Livro III, Título 86, § 4, e Ordenações Filipinas, Livro

III, Título 41, § 9), invenção portuguesa, *inventuflt tuns nostri* (Álvaro Valasco, *Praxis Partitionum et Collation um,* ed. de 1686, Cap. 7, n0 44, *502;* Manuel Gonçalves da Silva, *Commentaria ad Ordinationes Regni Porta galliae,* 1, *330).* Ao tempo das Ordenações Manuelinas e Filipinas, havia-se de dar como curador à lide um dos advogados do juízo, *unum ex advocatis suae Curiae;* o texto legal exigia o "procurador da sua audiência".

Hoje, não. Ainda assim, o curador à lide podia passar procuração, tanto que Francisco de Caídas *(Commentarius analyticus ad Legem.* Si curatorem habens, *Cod.,* de integrum restitutione minorum, n0 22) figurava a espécie de o curador nomeado à lide constituir advogado, caso em que se não precisaria nomear outro. Poder-se-ia, então, discutir se o procurador judicial tinha de prestar outro juramento (= compromisso), mas seria sem qualquer base em lei, *hoje,* tal exigência: pelo *bis in idem* e pelo compromisso geral dos advogados. O que mais interessa saber-se é que o curador *ad litem* podia e pode constituir procurador judicial: "compartente curatore simul cum minore ad prosequendo causam, *procuratorem constituendo* , non est assignadus novus curator ad litem..." O Código de Processo Civil não exige que o curador à lide seja advogado; nem se lhe veda, tampouco, contratar advogado.

O curador à lide tem todas as funções que teria o pai, tutor, ou curador, se tivesse de acionar ou defender em juízo o incapaz (já assim nos *Comentários* anteriores, 1, 312). A sua atividade é no plano processual e a respeito da *res in iudicium deducta.* Pode ele constituir procurador judicial e a comparência desse é sua, para todos os efeitos. Nem se compreenderia que a sanação de nulidades só se desse pelo comparecimento *pessoal.*

Hoje, o curador *ad litem* pode ser pessoa que não seja advogado; pode, ejá o podia no velho direito, constituir procurador judicial e, até, procurador extrajudicial para atos indispensáveis à defesa dos interesses do incapaz. Não se exige novo compromisso ao procurador judicial: é, apenas, procurador do curador à lide.

Não basta, para se não ter de nomear curador à lide, que ao Ministério Público, na comarca, se atribua a função fiscal do ari 82 e dos arts. 83-85, *que* é *obrigatória* e independente da função do curador à lide. Errado o acórdão da 1a Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 3 de maio de 1943 *(R. dos T,* 144, 711): certos, os da ~a Turma do Supremo Tribunal Federal, a 27 de julho de

1944, e da *5~* Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 28 de agosto de 1943 *(R.* E., 101, 107).

Se o mesmo órgão estatal é curador à lide de incapazes, ausentes, presos, revéis citados por edital ou com hora certa, e colidem os interesses dessas pessoas curateladas em lide, tem o juiz de nomear curador à lide às que o tiverem de ter depois (cf. Relatório do então Procurador-Geral do Distrito Federal, Romão Côrtes de Lacerda, no *D. da J.*, de 23 de julho de 1943,4.981).

A nomeação de curador à lide quando se dá colisão de interesses entre o incapaz e o titular do pátrio poder, tutela ou curatela, fundada em regra jurídica, pode ser de oficio, ou a requerimento do incapaz, do titular do pátrio poder, tutela ou curatela, ou do Ministério Público. Lei de direito material, a regra jurídica do Código Civil concernente à colidência de interesses dos pais com os do filho, não foi concebida como regra dirigida ao juiz, mas para os casos em que ainda não foi ajuizo a questão, isto é, como fundamento para se pedir a nomeação de curador à lide e ingressar-se em juízo. A nomeação pode ser de ofício, tanto mais quanto a colisão pode ressaltar ao ler o juiz a petição, ou ao proferir o despacho posterior, ou noutro momento do processo. Assim, andou errada a 2a Turma do Supremo Tribunal Federal, a 19 de novembro de 1948 *(R.* E., 128, 450), ao entender que, havendo colisão de interesses entre o incapaz e o titular do pátrio poder, tutela ou curatela, não pode o juiz nomear curador à lide. Em quaisquer das espécies mencionadas no ari 90, tem o juiz competência de ofício para nomear curador à lide ou ordenar a audiência. Ainda que se pudesse ter dado à regra de direito material interpretação estrita, que seria desaconselhável, o que rege os poderes do juiz, quando se estabelece a relação jurídica processual, é, precipuamente, o Código de Processo Civil; e esse não cogitou nem devia cogitar de qualquer requerimento.

Surge um problema: se a colisão de interesses do filho é com interesses do cônjuge que não tem o pátrio poder, e não com os do que tem, cabe a nomeação de curador especial? Se o cônjuge que exerce o pátrio poder tem, no assunto, de *consentir* no *ato* do outro cônjuge, ou consentiu, e o choque de interesses tem ligação com o ato consentido, é preciso que se nomeie o curador especial, ou, no caso de pleito, curador à lide. Um exemplo: A e B

têm dois filhos, C e D, e um, C, herdou de E um terreno, de que F diz que é seu, e B, com o consentimento do marido, ou D, com o assentimento do pai, adquire

os pretendidos direitos de F.

O ari 90 fala, em geral, de incapazes. No ari 218, que é sem correspondente no direito anterior, diz-se que “não se fará citação, quando se verificar que o réu é demente, ou está impossibilitado de recebê-la”. Assim, o oficial passa certidão, descrevendo minuciosamente a ocorrência. Então, o juiz nomeia médico, a fim de examinar o citando, e o laudo há de ser apresentado em cinco dias (ari 218, ~ lo). Reconhecida a impossibilidade, o juiz dá ao citando um curador; para isso tem de observar a preferência que a lei civil estabelece. Tal nomeação é restrita à causa (ari 218,

§ 20). A citação é feita na pessoa do curador nomeado, a quem incumbe a defesa do réu (ari 218, ~ 30) Também ai a pessoa nomeada pode ser ou não ser advogado.

O afastamento do representante, do pai, tutor, curador, na ação em que tem interesse o incapaz, pelo fato de colidirem os interesses, de modo nenhum contém apreciação da competência ou honestidade do representante. O

curador especial é só para o pleito em que a colisão de interesses ocorre. Nenhuma eficácia tem para atingir a outorga de poderes do representante em outras ações, nas quais, se há ou surge interesse colidente, teria de haver outra nomeação, posto que possa recair em nomeado anterior. O nomeado pode ser ou não ser advogado. Se não é, cabe-lhe nomeá-lo.

9. Representação do preso O preso pode representar-se em juízo, a despeito da sua prisão. Se a prisão materialmente lho veda, como se está incomunicável não pode ser citado. Se a incomunicabilidade, ou a segregação arbitrária, foi superveniente à citação, contra ele corre o prazo; mas, a todo tempo, alegando a força maior, o juiz há de permitir-lhe o ato ou a diligência que se deixou de praticar no prazo. Nenhuma penalidade por inobservância de prazos caberá, se devidamente comprovou o que ocorreu.

No direito anterior, para que ao réu preso se tivesse de dar curador especial seria preciso que fosse revel.

Reproduzamos o Código de 1939, ari 80, § lo: ~ o juiz dará curador à lide: *b)* ao preso e ao citado por edital, ou com hora certa, quando revel”. No anteprojeto do

atual Código de Processo Civil havia a referência ao revel; no projeto levado ao Congresso Nacional ja se havia retírado tal alusão. (Não se confunda o problema de técnica legislativa que aqui se apresenta com a do Regulamento n0 737, de 25 de novembro de *1850,* ari 739, e do Decreto n0 848, de II de outubro de 1890, ari 380, que exigia curador à lide ao réu preso, mesmo se tinha advogado.) No Código de 1973, apenas se fala de "réu preso". Quer dizer: mesmo se foi citado e não foi revel, tem-se de dar a ele curador especial. De outro modo volta-se à preocupação de proteção ao preso. Mesmo se contestou a ação, ou se está em via de recurso, tem-se de nomear curador especial. Havemos de entender que o legislador quis, com isso, evitar pressões sobre o representante ou advogado do preso ou sobre o próprio preso.

A inclusão do preso ou do revel no ari 90, JJ, nada tem com a capacidade processual. No inciso 1 é que se supõe o incapaz não ter representante legal ou os seus interesses colidirem com os do representante legal. As espécies do inciso II concernem a ser impossível o estar fisicamente em juízo. O juiz que nomeia o curador especial é o juiz da causa, mesmo se alguma lei de organização judiciária crie juízo de incapazes. O problema só concerne à falta de curador, tutor ou titular do pátrio poder, ou à colisão dos interesses do incapaz com os do representante. A especialidade da curadoria apanha mesmo aqueles casos em que não se trata de representação de absolutamente incapaz e sim de assistência de relativamente íncapaz.

Quanto à nomeação do curador especial para o preso, o Código de 1973 não contém o que estava no Código de 1939, ari 80, * 1~, *b)* ("ao preso e ao citado por edital, ou com hora certa, quando revéis"). O ari 90 JJ, diz que o juiz dará curador especial "ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora certa". Portanto, o preso tem, hoje, curador especial, seja revel ou não. A prisão apenas cria dificuldades. Se o preso constitui advogado, argumentar-se-á que não precisa da proteção de que trata o ari 90 Não se fez incapaz, nem se equiparou a incapaz, razão para que, *de iure condendo,* não se tivesse de riscar a referência à revelia, que estava no Código de 1939.

Mas, *de iure condito,* não nos podemos afastar do texto vigente, e talvez a *ratio legis* tenha sido estar o preso sob pressão para outorga de poderes ao advogado, ou a alguém a quem conferia o poder de nomeação.

10.Revel citado por edital ou com hora certa67 A inclusão do citado por edital,

ou com hora certa, quando revel, para que se lhe dê curador à lide, constituiu inovação do Código de Processo Civil de }939,65 digna de encômios.

Era lacuna da lei, e falta de proteção aos ausentes, não se lhes dar curador à lide desde logo. O legislador do direito anterior se satisfizera com a ronceira e pesada processualística da arrecadação de bens de ausentes, com os seus inconvenientes de toda ordem, inclusive os longos prazos para os diferentes momentos, até se chegar à sucessão definitiva.

Ao revel, para se lhe dar o curador à lide, não há discutir-se qual a causa da sua revelia.69 Se, porém, faltou ao ato ou à diligência, por motivo de força maior, e entende que não foi devidamente defendido no processo, ojuíz permitir-lhe-á a realização do ato ou da diligência.

A Lei n0 8710, de 24.9.93, alterou a redação do ari. 222 do CPC, para admitir a citação pelo correio, para qualquer comarca do país, salvo nas ações de estado; quando forre pessoa incapaz, ou pessoa de direito público; nos processos de execução, ou quando o autor a requerer de outra forma. Todavia, não deu curador ao revel citado pelo correio, permanecendo, portanto, inalterada a regra do ari 90, ~J CPC 39, ari 80, ~ 1º, *h.*

Não se da curador ao réu preso, que ficar revel, mas ao réu preso. A revelia a que alude o ari 90, II, é a do réu que, em liberdade, foi citado por edital ou com hora certa. Não se afasta, entretanto, a possibilidade de revelia do réu preso, se nem ele, por advogado que, eventualmente, constituiu, nem seu curador especial contestar a ação. Nesta hipótese, o ari 90, ~ 1’ parte, e o parágrafo único do ari 302 abrem espaço à construção de que, conquanto ocorrente, pela auséneia da contestação, a revelia não produz, contudo, o efeito do ari 319.

Com a citação por edital, ou com hora certa, não se pode saber se o citado tomou conhecimento da propositura da ação, isto é, não se tem certeza se foi justa a angularização da relação jurídica processual. Citado por edital, ou o réu era pessoa desconhecida, ou incerta, ou estava em lugar ignorado ou inacessível (ari 231). Citado com hora certa, tinha-se conhecimento do domicílio ou residência do réu, a razão estava em que não foi encontrado e há a possibilidade de não se ter ocultado e, apesar das diligências que foram a da entrega da contrafé a pessoa da família, ou a algum vizinho (ari 228, §§ l~ e 20) e a remessa pelo escrivão, de carta, telegrama ou radiograma (ari 229). Se não advém comparecimento nem

contestação, cresce a possibilidade de ter ignorado o que se passou. Daí ser acertado exigir-se, na lei, a nomeação de curador especial.

11. Comarca e representação processual A questão de se saber se há, na Comarca, órgão que tenha função de ser curador à lide, tem de ser resolvida no direito da organização judiciária respectiva (cf. ja Câmara Cível do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 25 de novembro de 1943, *R. F.*, 97,679; Câmaras Civis Reunidas do Tribunal de Justiça de São Paulo, 7 de maio de 1947, *R. dos T.*, 168, 349, e 171, 328). Mas tem o juiz de responder à questão para cada espécie (incapaz, ausente, preso, citado por edital, citado com hora certa). Não basta que se haja atribuido ao órgão do Ministério Público ser curador à lide dos incapazes, para se entender que a atribuição é extensiva aos ausentes não julgados tais segundo a lei civil; nem vice-versa. Não basta que se haja atribuído ao órgão do Ministério Público ser curador à lide dos incapazes e ausentes para se considerar com a atribuição de o ser dos presos, ou dos revéis, citados por edital ou com hora certa; nem vice-versa. Não basta que se haja exigido a audiência do Ministério Público, se há incapazes, ou ausentes, ou presos, ou revéis, citados por edital ou com hora certa, para se lhe apontar a função inconfundível de curador à lide. É aconselhável, nas justiças locais ou especiais, que os juizes tragam a exame os textos da lei de organização judiciária e do Ministério Público, analisando as espécies, em vez de lançarem proposições demasiado largas, se não equivocas.

A existência do cargo de que cogita o ari 90 parágrafo único, depende da lei de organização judiciária. Pode ser órgão do Ministério Público,’t~’ o

70Mesmo na vigência da Const. 88, cujo ari 129, IX, só veda ao Ministério Público a representação judicial e a consultoriajurfdica de entidades públicas.

que supõe a especialidade, ou não. A distinção é sem relevância, porque resulta da atitude *de lege lata* da entidade estatal.

12. Função do curador à lide O curador à lide não é parte, nem representa. É órgão protectivo. Tem dever de providenciar para a representação, inclusive por si mesmo. Se não providenciou e defendeu, postulando, exerceu o poder de outorga, e exerceu-o, *simultaneamente* ao ofício.

As partes têm dever de comparência e cooperação. Se uma delas o infringe, dá-

se a revelia (= rebeldia; cf.

Concordata de El-Rei Dom Dinis de 1292: “e praz-mi que os Bispos e outros prelados usem de sua jurisdiçam contra os revéis”).

Ou se adota a) *o princípio do prosseguimento* (protegido ou não), ou se adota *b) o princípio da imediata decisão,* ou *c) o princípio do julgamento contumacial,* com ou sem reposição ou oposição.

O sistema brasileiro tem *a),* como regra, exigindo o curador à lide nas espécies do ari 90 *(princípio do prosseguimento protegido)* e não nas outras espécies *(princípio do prosseguimento não-protegido).* E tem *b),* como ocorre nas espécies em que, havendo representação, correu prazo isto é, não se prossegue ejulga-se desde logo.

Surge a questão sobre se também ai se há de atender ao ari 90~

O ari 90 incide em qualquer desses casos, como incide nas espécies em que haveria prosseguimento, mas ocorreu algum dos pressupostos para incidir o ari 90.

O prazo para prestar caução corre com o curador à lide, se o há na causa pendente.

Se o citado por edital, ou com hora certa, não comparece, é revel; tem-lhe de ser nomeado curador à lide. Sem isso, há nulidade cominada. O citado revel, se, depois, comparece, tem de alegar a nulidade dos atos processuais a que devia estar presente o curador à lide, ou que devíam ser com intimação ao curador à lide, ou com a audiência do curador à lide. Citação houve e, *ex hypothesi,* foi válida e eficaz. A eiva de invalidade somente concerne aos atos processuais posteriores a ela. Se o citado revel, ou algum sucessor dele, não alega a nulidade, recebendo a causa no estado em que se acha, o juiz não precisa considerar válidos os atos processuaís. Há o prosseguimento. Se a decisão foi favorável ao revel, não há sanação pela comparência ratificante: não houve prejuízo para o revel.

Advindo nomeação do curador à lide depois de praticados alguns atos processuais, não tem qualquer eficácia ratificativa a competência ou declaração

do curador à lide (cf. 4~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 11 de outubro de 1948, *R. dos T.*, 177, 637), nem, tampouco, pode o juiz dar por sanados os atos processuais nulos. Incide, então a regra jurídica que só faz válidos os atos posteriores.

Deve-se evitar dizer "é nulo o processo", ou "é nula a ação" *(e.* g., 2a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 7 de dezembro de 1948, *R. dos T,* 178, 159), porque o processo não é nulo: nulo é o ato processual, ou nulos são os atos processuais que se praticaram com infração do ari 90 e parágrafo único. Absurdo o acórdão da 2~

C?.rnara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, a 21 de dezembro de 1948 *(Paraná Jud.,49,* 61), julgando nulo *ab initio* o processo por se não haver nomeado curador à lide ao revel, citado com hora certa. A nulidade apanha atos praticados na audiência ou qualquer outro ato para que foi citado o revel.

O que acima se disse sobre o citado por edital, ou com hora certa, que se fez revel, entende-se também quanto ao preso.

A 2~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 24 de agosto de 1948 *(R. dos T.,* 176, 584), permitiu a ratificação dos atos processuais anteriores pelo curador à lide tardiamente nomeado; mas carece de fundamento tal interpretação da lei (cf. ía Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 26 de fevereiro de 1948, *R. F.,* 123, 189).

Quanto ao curador especial, a despeito das funções que exerce no processo, não tem poder para reconvir, porque se trata de propositura de outra ação, de contra-ação.

13. Intervenção do ministério público A intervenção do órgão do Ministério Público nos processos em que haja interesse de incapazes independe da existência de pai, tutor, ou curador, de curador à lide e de representante judicial de incapazes, ou de ausentes. Tal intervenção é *obrigatória.* A falta de audiência do órgão estatal que devia falar no feito écausa de nulidade. Aliás, qualquer preterição das formalidades previstas no ari 90, inclusive a falta de curador à lide, nos casos do parágrafo único, também o é.

Na esteira do direito anterior, com o ari 84, referente à falta de ato do Ministério

Público (ari 82), põe-se termo à discussão entre ser causa de nulidade, ou não no ser, a audiência do órgão do Ministério Público, quando tenha de ser ouvido. A solução foi de todo louvável. Pena é que se não tivessem cortado, pela raiz, certos males, notórios a quem faz vida forense:

oquase irresponsável "F. J." (Faça-se justiça), com que muitas vezes se oculta a falta de estudo dos autos, ou se evita a atitude em face dos poderosos; o excesso de prazo, com a alegação de acúmulo de serviço, razão ora descabida no sistema do Código de Processo Civil, como no do Código anterior. "F. J." nada diz. Por que não se usar "D. A.", significando "De acordo"? Com o "Façase justiça", nenhum interesse do incapaz teve qualquer opinião do curador de incapazes. Se o órgão do Ministério Público e o curador à lide apõem o mesmo dizer, mais dubitativo que confiante, onde o alcance da regra jurídica em cominar a pena de nulidade à falta de audiência do órgão do Ministério Público ou do curador especial?

A presença do órgão estatal nas ações em que há parte incapaz, é como *parte*, e não como cooperador do juiz, função de que cogitaremos noutros ensejos. Por isso mesmo, pode contestar separadamente, ainda que o titular do pátrio poder, o tutor ou curador confesse o pedido (j~ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 21 de julho de 1941, *R. dos 7'.*, 133, 189), ou conteste por negação.

Se o órgão do Ministério Público concorda com a habilitação de crédito em inventário (seja para separação, seja para reserva de bens, seja para solução imediata da divida) e o juiz remete o credor às vias ordinárias, a citação do órgão do Ministério Público é essencial no processo novo

Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 26 de agosto de 1942, *R. dos T,* 140, 212). Diga-se o mesmo quanto a titulares do pátrio poder, tutores e curadores.

Se no processo há algum incapaz, inclusive como assistente, tem de ser ouvido o Ministério Público, ainda que haja titular do pátrio poder, tutor, ou curador, ou curador à lide. As exigências são diferentes (cf. 2a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, II de novembro de 1947, *R. dos* 7'., 172, 180). Há nulidade cominada.

Oari 82 contém exigência de cuja falta resulta nulidade cominada, conforme o

ari 84. Não se há de invocar o ari 245, ou o ari 243 ou o ari 250. O ari 246 e o parágrafo único são explícitos. Certas, a 4~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 28 de fevereiro de 1948 *(R. dos T.*, 173, 681) e a 2~ Câmara Civil, alI de novembro de 1947 (172,180) e a6 de abril de 1948 (173, 995). Sem razão, a 2~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, a 30 de outubro de 1946 *(R. F.*, 115,542), que chegou a chamar "parte secundária" ao Promotor (que aí não é *"secundus"* e tem função própria). São julgados esporádicos os que se afastaram da sistemática do Código de Processo Civil de 1939, bem interpretada pela ia Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 14

de novembro de 1946 *(R. E.*, 114, 170), pela ia Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (III, 163), pela Câmara Cível do Tribunal de Apelação de Santa Catarina, a 20 de novembro de 1944 *(Jurisprudência*, 1945, 31), pela 2~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 11 de novembro e 13 de dezembro de 1947 *(R.*

dos T., 172, 107), a 22 de junho de 1948 *(R. F.*,

ineficaz. Ali, ação constitutiva negativa; aqui, declaratória negativa de eficácia.

Se algum membro da sociedade, que não é órgão, pratica atos jurídicos em nome dela, isto é, como se órgão fora, obriga-se pessoalmente, ainda se o terceiro conhecia ou devia conhecer o fato de não-personificação. Se dois ou mais membros atuam em nome da entidade, a responsabilidade é solidária.

Os poderes do órgão e os poderes de representação não têm, todos, a mesma extensão. A lei que rege a pessoajuridica, portanto o direito material, é que diz até que ponto vão esses poderes, ou até que ponto os estatutos podem estendê-los, ou limitá-los, submetê-los a formalidades suplementares, conforme a matéria, ou conforme o valor, ou conforme a própria categoria jurídica de que se trata, inclusive a atuação do órgão em juízo ou a representação judicial.

No ari 12, VI, diz-se que, se os estatutos não designaram quem há de presentar

ou representar a pessoa jurídica, os seus diretores é que têm tal função. A lei partiu de serem dois ou mais os diretores e não terem os estatutos apontado qual deles ou quais deles podem funcionar como presentantes ou representantes em juízo. Se se trata de propositura de ação, qualquer deles pode exercer o que a qualquer deles competiria, se assim se hão de interpretar os estatutos; fora daí, a atribuição, em virtude da regra jurídica do ari 12, VI, é de todos, em conjunto. Não se confunda a legitimação ativa ou passiva do ari 12, VI, com a legitimação postulacional, que cabe a advogado.

Algum dos diretores, ou alguns ou todos podem ser advogados; ou todos não serem, ou só serem alguns, ou só um.

Então, eles é que decidem, conforme os estatutos, inclusive no caso de nenhum querer exercer a função advocaticia.

Oari 12, VI, do Código de Processo Civil põe no plano do direito processual o que o Código Civil pusera no plano do direito material. O conteúdo não é o mesmo, posto que a mesma expressão. O ari 12, VI, fala das pessoas jurídicas, quando os seus estatutos designarem quem as presenta (entendamos) ou as representa, ou, na falta, caso em que os seus diretores exercem tal função. Não se pode ler o ari 12, VI, senão como regra de direito processual.

Para os atos jurídicos, e não só os negócios jurídicos, tem-se de invocar o Código Civil, ari 17, no qual se estendeu a regra jurídica, fora do seu plano, aos atos judiciais. No ari 343, o Código de Processo Civil diz que, quando o juiz não determinar de oficio (ari 342) o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa, compete a cada parte requerer o depoimento pessoal da outra, a fim de interrogá-la na audiência de instrução e julgamento.

(Ari 12)

Se os estatutos da sociedade não dizem quem a presenta em juízo (inclusive para depor, o que pode ser atribuído só a determinado órgão ou diretor), entende-se que qualquer órgão ou diretor pode depor. Surge o problema do órgão ou diretor que diz não estar a par do que se trata na instrução. Aí, ou ele indica qual a pessoa, com o mesmo poder que ele tem, para o depoimento, ou o diz de imediato ao ser intimado, ou, se o faz na audiência, tem essa de ser adiada.

Talvez o presentante ou representante saiba que outra pessoa (outro presentante ou representante, ou o agente de uma sucursal, ou outro funcionário, ou intermediário de negócios) é que pode conhecer o que é assunto do depoimento. Aí, o funcionário depõe, em vez do órgão ou do representante da empresa. Se o órgão depõe dizendo que o que se atribui à empresa não foi com poderes que ele outorgou, nem mesmo como empregado, há o seu depoimento ao órgão e tem de haver o de tal pessoa como testemunha. Não se diga que, ao apontar quem deva depor, o órgão delega poder de depoimento; poder delegado teria sido aquele que o empregado exerceu, de acordo com as normas da sociedade e de seu funcionamento.

Quer se trate de pessoa física quer de pessoa jurídica, ou quem representa ou quem presenta é advogado com os pressupostos para exercer a função no juízo, ou não o é (pode o órgão ser pessoa, ser advogado, mas ter de constituir advogado ou levar à função quem faz parte da entidade como advogado). Tudo depende, mesmo se quem representa ou presenta é advogado, de ser isso permitido pelo estatuto, ou mesmo se cabe opção a quem representa ou presenta.

14. Sociedades irregulares e impersonificadas Questão interessante, a que o Código de Processo Civil de 1939

poderia ter aludido, e não no fez, é a da atuação em juízo e da representação processual das sociedades não-personificadas. Exprobramo-lo nos de 1939, Tomo II, 2~ ed., 85. O Código de Processo Civil vigente inseriu a referência (ari 12, VII).

Tanto as pessoas jurídicas civis como as comerciais podem ser estrangeiras. A nacionalidade delas é a do Estado em que se personificam. Daí termos frisado a diferença entre a criação da entidade que vai ser pessoa jurídica e a personificação (nosso La Création et la Personnalité des Personnes Juridiques en Droit International Privé, *Mélanges* Streit, Ath~nes, 1939, 1). Os juristas, como J. P. Niboyet *(Traité de Droit International Privé Français,*

~ 2a ed., 86 s.), que não admitem nacionalidade a pessoas jurídicas, caem em absurda afirmação. Também é de repelir-se que seja a sede que dá a nacionalidade: o que dá a nacionalidade é o Estado em que se 120, l86),epela4aCâmaraCivila 11 demarçode 1948(R. E., 173,692); e perfeita para o Código de Processo Civil de 1973.

Não se pode convém insistir-se confundir a função do Ministério Público com a função do curador à lide. Não pode a mesma pessoa ser o órgão do Ministério Público, segundo os arts. 81 e 82, que é intervenção ineliminável sem ofensa à letra da lei, e a que exerce a curadoria à lide, mesmo órgão do Ministério Público, especial. Se há o órgão de que fala o ari 90 parágrafo único, só se dispensa o curador à lide; não a intervenção do Ministério Público.

Pode o órgão do Ministério Público funcionar ao lado do curador à lide ou do chamado "representante legal de incapazes, ou de ausentes". Nem esses hão de funcionar sem aquele, nem aquele sem algum desses. Aínda recentemente, deixou de ver a distinção a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará, a 28 de fevereiro e 12 de junho de 1952 *(J. e D.*, V, 86, e VIII, 186). Acertadamente, a 2~' Turma do Supremo Tribunal Federal (12 de junho de 1951, *D. da J.*, de 22 de junho de 1953) decretou a nulidade por infração do então ari 80, ~ 2~, hoje ari 82, 1.

A 3~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 31 de julho de 1952 *(R. dos* 7'., 204, 246), admitiu a nomeação de curador à lide em se tratando de pessoa que se prova ser incapaz por loucura, embora não interditada.

Solução certa, porque a interdição não faz a incapacidade, mas solução que há de ser empregada, com toda prudência, pelos juizes.

14. Incapacidade superveniente A nomeação do curador à lide pode sobrevir se a incapacidade adveio a alguma das partes, ou se passou a ser parte pessoa incapaz *(e.* g., o herdeiro que se habilitou é incapaz, 2~ Câmara do Tribunal de Alçada de São Paulo, 5 de novembro de 1952, *R. dos* 7'., 207,394; 4~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 20 de novembro de 1951, *D. da J.*, de 9 de abril de 1952, 1.858).

Discutiu-se em ação pendente se, advindo a incapacidade da parte, díante do ari 90, mas já em grau de recurso a ação, a quem cabe nomear o curador especial: se ao juiz da primeira instância, ou ao Tribunal. Havemos de entender que tal função é do juízo da primeira instância, mesmo porque pode acontecer que a incapacidade tenha sido logo após a sentença, ou mesmo na data dela ou antes, sem dela ter tido ciência ojuiz. Se, na superior instância, se tem conhecimento do ocorrido, o que se há de resolver é a líbito do órgão (presidente ou relator), isto é, comunicar ao juízo da primeira instância, ou nomear o curadorespecial.

Advirta-se que o ari 13 é invocável. A incapacidade processual leva o juiz a ter de nomear o curador especial; enquanto esse não entra no processo, o processo está suspenso e, na falta do nomeado, tem o juiz de nomear outra pessoa.

Trata-se de dever do juiz, salvo se na comarca há representante judicial de incapazes ou de ausentes (ari 90

parágrafo único). Nenhum efeito de revelia pode existir para quem incapaz já estava. Se a citação foi por edital, de que há de constar o efeito da revelia (arts. 232, V, e 285), e o citado era incapaz ou estava preso, quanto a ele não se podem invocar os arts. 232, V, e 285. O que ocorreu como se ele fosse capaz não pode prevalecer se nocivo ao que devia ter tido curador especial. Sempre que a nomeação do curador especial foi após os atos processuais, as nulidades podem ser arguidas quer se trate de incapaz, quer de preso, ou de réu citado por edital ou com hora certa, porque a todos se há de nomear curador especial. A lei acertadamente exige que, mesmo sem prova de incapacidade, ou de prisão, tem o juiz de nomear curador especial a quem foi citado por edital ou com hora certa.

Se algo foi praticado antes ou durante a suspensão do processo, o curador especial pode requerer a decretação de nulidade, qualquer que tenha sido a razão da sua nomeação (incapacidade, sem haver representante legal, prisão, revelia do citado por edital ou com hora certa). No caso de colisão de interesses do representante com os interesses do incapaz, dá-se o mesmo:

o que foi praticado pelo representante anterior tem de ser examinado pelo curador especial.

O curador especial pode ser pessoa que é advogado, ou pessoa que escolha algum advogado.

Ari 10. O cônjuge 5) *somente necessitará do consentimento do outro ‘)para propor ações que versem sobre bens imóveis* 2) *ou direitos reais sobre imóveis alheios* 3)~

Parágrafo único. Ambos os cônjuges serão necessariamente citados 4) *para as ações: 1 reais imobiliárias* 6)

II resultantes de fatos que digam respeito a ambos os cônjuges ou de atos

praticados por eles 7); *III fundadas em dívidas contraídas pelo marido a bem da família, mas cuja execução tenha de recair sobre o produto do trabalho da mulher ou os seus bens reservados* ><).

IV que tenham por objeto o reconhecimento, a Constituição ou a extinção de ônus sobre imóveis de um ou de ambos os cônjuges 9)~ quer entidades intra-estatais, como os Estados-membros, as Províncias, os Municípios ou Comunas, os Distritos Federais, os Territórios, os "Dominions", as colônias, etc. As entidades supra-estatais ou interestatais têm os seus estatutos, ou o seu núcleo de vontade formativa, instrumentado nos tratados entre Estados. No fundo, nas leis processuais civis apenas se enuncia, tautologicamente, que a pessoa jurídica atua, por seu órgão, ou se representa, processualmente, como a sua lei manda que se represente. Porque, se a sua lei lhe fixa órgão, com função processual, sem que os seus estatutos lhe possam alterar essa designação, não cabe a disjuntiva por seus administradores ou por aqueles a quem os estatutos conferirem poderes de representaçao.

Diante de casos como do síndico da falência, do administrador da herança (inventariante, ari 991,1 e VIII), do curador da herança jacente (ari144, 1), e de outros, tem-se discutido se se trata de *parte de oficio* (Partei Krai Amts), ou de *representante* ou de *órgão da parte.* A despeito das divergentes fundamentações, temos de partir de que, quando a lei atribui legitimação de direito material ou de direito processual, não está a fazer da pessoa o que se chama de *parte de ofício.* Se a lei diz que tem o juiz o dever de suscitar ação, não está a fazê-lo parte; parte é o Estado, porque se põe na situação de autor, ou apenas provoca a ação. Na espécie do ari 991, a lei faz incumbência do inventariante representar o espólio ativa e passivamente, em juízo ou fora dele, observando-se, quanto ao inventariante dativo, o ari 12, ~ li'. isto é, não se reputa suficiente a função do inventariante dativo como representante. Na espécie do ari 1.144, 1, o curador da herança jacente representa a herança (os sucessores) em juízo ou fora dele, com assistência do órgão do Ministério Público. Representa os que tenham direitos à sucessão.

Não se há de usar a expressão *parte oficial,* porque não se oficializou, pela legitimação de ofício, a missão; apenas a lei disse quem representa. Não se referiu a órgão, nem a parte de ofício. Não se confunda com a *prestação,* que ocorre na função dos órgãos das pessoas jurídicas, que não se fazem parte nem representam. Quem presenta apenas está dentro da parte; quem representa faz as

vezes do presentante, porque não é órgão, mas outorgado. Daí a inadmissibilidade das teorias a respeito (teoria da parte de ofício, teoria da presentação ou do órgão, respectivamente teoria da *Partei krai Amts* e teoria do órgão). Na maioria dos casos, há representação, ou presentação, que é alusiva ao órgão. Ôrgão é parte do corpo; representante, nao.

No ari 12, VI, diz-se que são "representados" em juízo, ativa e passivamente, as pessoas jurídicas, por quem os respectivos estatutos designarem ou, não os designando, por seus diretores. Trata-se *depresentação* e não de *representação*, salvo se os estatutos atribuam aos órgãos poderes de outorgar representação, ou se, não podendo exercerem a função de órgão na propositura e na defesa em ações, é de entender-se que têm de outorgar tais poderes. Ai, o órgão que presenta faz alguém representar.

No ari 12, pr., e inciso VI, o adjetivo "representados" está em sentido demasiado amplo, que abrange o atuarem por seu órgão e o serem representados por seus procuradores. O órgão não representa; o órgão presenta. Quando o órgão vai ajuizo é a pessoa jurídica que está presente; e não cabe falar-se de representação. Os atos dos órgãos das pessoas jurídicas são atos delas; e não atos de outrem, por elas *(Tratado de Direito Privado,* 1, ~ '75, 3,86,5,91,94-98,111, ~ 308, l,e323,IV, ~441,446, 3,450,5,e4Sl).

Por exemplo, o órgão da pessoa jurídica não é terceiro, no sentido do direito material e do direito processual.

Há, portanto, o órgão, que *presenta* a pessoa jurídica, e pode haver o representante, que a *represente*.

Se queremos ser precisos e evitar que se dificultem as soluções de futuras questões práticas, e teóricas, ainda devemos separar distintamente a *procura judicial* e a *representação judicial.* Não existe representação judícial sem procuração; não existe procuração sem mandato ou outra relação entre duas pessoas (a noção de mandato é pequena demais para exaurir o conteúdo de "procura"). Se o que representa materialmente a parte é o que vai procurar em juízo, no mesmo ato estão a procura para constituir advogado e a procura para postular em nome do procurado (se cindíveis, ou não, resolve o direito material). Se, porém, o que representa a parte não vai procurar em juízo *(e.* g., se não pode), então há procura (nem sempre e mandato!) para constituir advogado e

“representar a parte” (não “em juízo”) e procura dessa pessoa ao advogado. A função pode derivar da lei (Procurador da Fazenda, curador de Massas, etc.), ou de ato judicial (tutor, curador), ou de ato do próprio processualmente incapaz *(e. g.*, administradores de pessoas jurídicas). Tudo que está para *trás* da procuração judicial, isto é, da procuração outorgada *para juízo,* é de direito material, ainda que processual. Tudo que concerne a efeitos no processo se rege pelo direito processual.

Na ía Turma do Supremo Tribunal Federal, a 20 de maio de 1946 *(R. F.* 110, 419), decidiu-se que era parte legítima, isto é, era legitimada ativa, e tinha interesse em pleitear a decretação de invalidade de ato jurídico, a sociedade em cujo nome, com infração dos estatutos, obrara o órgão ou o representante. O ato do órgão seria, conferido com os estatutos, nulo; mas, em boa técnica e terminologia científica, o ato do representante seria *Ari 11. A autorização do marido e a outorga da mulher podem supri r-se judicialmente* 1<), *quando um cônjuge a recuse ao outro sem justo motivo, ou lhe seja impossível dá-la* “).

Parágrafo único. A falta, não suprida pelo juiz, da autorização ou da outorga, quando necessária, invalida o processo 2)

1. Outorga uxória e outorga marital Veda-se aos cônjuges, qualquer que seja o regime matrimonial de bens, alienar, hipotecar, gravar de ônus real bens imóveis, ou direitos reais sobre imóveis alheios, sem o consentimento do outro cônjuge. No direito processual civil, proibe-se a qualquer deles, pleitear, como autor ou réu, ou interveniente, acerca desses bens e direitos. Trata-se de influxo da família comunitária, em suas formas tardias, quando, ao passar à primeira plana a propriedade móvel individual, o legislador ainda pensa, em parte com razão, que garante a família vedando atos ou pleitos sobre bens imóveis, comuns ou do cônjuge. A prática facilmente lhe mostraria, se ele quisesse olhar a vida, que é bem parca a segurança que a regra vedativa, de direito material, oferece. As fortunas, hoje em dia, são menos em imóveis do que em títulos de crédito ou em ações; porém o Brasil ainda não afrouxou os laços com a terra. A característica do capitalismo dos últimos cento e cinqtienta anos está exatamente em terem os móveis, ações e títulos de crédito, passado a ser mais importantes, em vulto econômico, do que a terra e a construção. Seja como for, no sistema do direito civil e do direito processual brasileiro, pode o marido litigar sobre, por exemplo, 99% dos bens, desde que sejam ações ou títulos, porém não pode litigar a propósito de um casebre, ou de um terreno de dez metros por dez metros. Em

virtude do ari 11, parágrafo único, do Código de Processo Civil, os atos que praticar em juízo são feridos de nulidade.

Nas cobranças judiciais concernentes a cédulas de crédito real tem-se a citação da mulher (Lei n0 3.253, de 27 de agosto de 1957, ari 20, *§* 20). No ari 10, 1, exige-se a citação do cônjuge nas ações reais imobiliárias.

A mulher não precisa do consentimento do marido para reivindicar bens comuns transferidos pelo marido à concubina (Código Civil, ari 248, IV), nem, a despeito de a isso não se referir a lei civil, do consentimento da mulher precisa o marido, para reivindicar bens comuns transferidos por ela ao amante. Também contra o marido, para as medidas cautelares e as ações que lhe competirem por se tratar de bens dotais, ou de bens seus, sujeitos àadministração do marido (Código Civil, ari 248, VI). Se está com a direção e a administração dos bens do casal a mulher, por estar em lugar remoto ou não sabido o marido, ou em cárcere por mais de dois anos, ou foi interditado (Código Civil, ari 251, 1, II e III), não precisa ela de consentimento para as ações relativas a bens imóveis ou direitos reais sobre imóveis alheios. Mas, hoje, temos de atender ao ari 11, quando ao cônjuge seja impossível dar o consentimento. Ora, ao cônjuge que está em lugar remoto ou não sabido, ou está interditado, é impossível dar consentimento, razão para ser necessário o suprimento judicial, salvo se há curador do interditado.

2. Bens imóveis e direitos reais O Código fala de bens imóveis e direitos reais sobre imóveis alheios, sem distinguir, portanto, os imóveis por sua natureza e os imóveis por força da lei. A respeito deles, precisa o marido, ou a mulher, da outorga. Na falta, o Código Civil de 1916, ari 239, reputou os atos do marido apenas anuláveis. O

Código de Processo Civil de 1939 considerou-os nulos. Nesse, não se fez distinção entre atos nulos e atos anuláveis. Aliás, em matéria de nulidades, a nova lei é por bem dizer flácida. A sua preocupação maior é permitir sempre a porta de saída para se salvarem os processos. Não se diga que ela revogou qualquer regra da Parte Geral do Código Civil em que esse tratou da anulabilidade. Se o marido contratou e teve conseqÚências o seu ato, perdendo, por exemplo, o imóvel, o todo do seu ato é regido pelo Código Civil, devendo ser proposta a ação de anulabilidade, e não a ação de nulidade. No terreno processual, os atos que vão sendo praticados, desde a citação, ou da petição inicial, se é autor, escapam à sanção de direito material. É o direito processual

que tem de reger invalidades processuais. Por isso mesmo, a sanção do ari 13, não se tendo dado, até o proferimento da sentença, não mais se dará. Quanto aos atos processuais, depois de energicamente dizer que serão nulos os atos realizados com preterição do ari 12, o Código de Processo Civil admite como o anterior, que, em qualquer tempo, a requerimento da parte, ou de ofício, o juiz marque prazo razoável para ser sanado o ato nulo. Tal suprimento tem efeitos no pretérito *(ex tunc),* atenuando, profundamente, o Sistema de nulidade, que o Código generalizou.

Parte-se, no ari 10, do princípio de que o cônjuge não necessita do consentimento do outro cônjuge para propor ações (capacidade processual); e por isso se diz que "somente necessitará do consentimento do outro para as ações que versem sobre bens imóveis ou direitos reais sobre imóveis alheios". Já D. Afonso III fizera lei, "porque achou ser assy costume longuamente usado em estes Regnos", segundo a qual aquele, "que molher tever, sem ela nom possa vender, nem meter a Juízo beês de raiz". Nem ele sem procuração, "ou sem outorgamento de sua mulher, nem a mulher sem

1

DA CAPACIDADE PROCESSUAL

Código de Processo Civil, são os bens a que se não acharam donos. Ora se fala de bens vagos, ora de bens vacantes. Vacantes é que são os bens da herança, e não vagos, porquanto desde o momento em que se julguem vacantes se devolvem à Fazenda Pública, segundo as regras de direito civil, transladadas ao Código de Processo Civil. A herança vacante é administrada em juízo pelo seu curador. Aos bens de ausentes também se dá curadoria, que representa o ausente, tido, no sistema do Código Civil de 1916, como "incapaz", incapacidade que atrai a ficção jurídica, sem grande alcance, e chocante, ao mais leve exame *de legeferenda.* Tal curadoria termina pelo comparecimento do ausente, do seu procurador, ou de quem o represente, pela certeza de que morreu, ou pela sucessão provisória. Por toda a sua duração, é o curador que representa o ausente. Quanto aos bens vagos propriamente ditos, constituem apenas massa bonitária com a característica, exatamente, de se ignorar quem seja o sujeito ativo da relação jurídica em que os bens são objeto. Não cabe pensar-se em

representação em se tratando de tais bens. Nem os arts. 1.170-1.176 permitem que se cogite de representação da massa vaga, nem do bem individual vago.

Se o curador não é advogado, com a necessária inscrição, tem de contratar algum, a quem dará poderes para a função que lhe toca, uma vez que, na hipótese, o curador representa a herança, sem ter legitimação àatividade postulatória. Se é advogado, não precisa fazer o contrato posto que possa ocorrer que não lhe convenha exercer, na espécie, a função advocaticia.

Quando a herança passa dajacência à vacância, ou continua o curador que a representava, ou o juiz nomeia outro, ao declarar a vacância. Tal função cessa quando se esgota o prazo para a habilitação dos sucessores, indo os bens para o domínio da entidade estatal (Estado membro, Distrito Federal ou União).

11. Limitação à disposição e incapacidade processual A limitação à disposição nada tem com a incapacidade processual. Donde: *a)* não se poder declarar de ofício a não-satisfação das exigências dessa "representação" (o ari ii é inaplicável); *b)* só se pode alegar a falta de "representação", por exceção ou na defesa, até se encerrar o debate oral (O. Pisko, no *Kommentar* de H. Klang, 1, 219), salvo, no processo de falência, se a lei falencial o permite de oficio (Rudolf Pollak, *System,* 137). A coisa julgada formal cobre o defeito, salvo ação rescisória (Konrad Hellwig, *System,* 1, 190).

12. Liquidante e legitimação processual O liquidante não é órgão da sociedade em liquidação. Processualmente, é *parte de ofício,* ou *por oficio,* isto é, pela função. Segundo o direito brasileiro, dissolvida sociedade mercantil, os sócios autorizados para a gerir durante a sua existência devem operar a sua liquidação debaixo da mesma firma, aditada a cláusula em liquidação salvo havendo estipulação diversa no contrato, ou querendo os sócios, a aprazimento comum ou por pluralidade de votos em caso de discórdia, encarregar a algum dos outros sócios não-gerentes, ou a pessoa de fora da sociedade. O Decreto n0 20.035, de 25 de maio de 1931, criou, na Justiça do Distrito Federal, o cargo tido por assaz aconselhável de liquidante judicial. Também aqui há *parte por oficio.* Se o liquidante foi escolhido pelos sócios gerentes, há parte de ofício, como se os próprios sócios gerem. Porque são eles, desde a dissolução, liquidantes, e não órgãos da sociedade dissolvida. Não se precisa da ficção da personalidade jurídica persistente após a dissolução. Falta técnica jurídica a alguns julgados *(e. g.*, Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará, 29 de março e 20 de setembro

de 1951,1. *eD.,I,34,e* IV, 161).

13. Pessoas jurídicas, órgão e representante As pessoas jurídicas são presentadas, ativa e passivamente, nos atos judiciais e extrajudiciais, por quem os respectivos estatutos designarem, ou, não o designando, pelos seus diretores.

Outra coisa não diz o ari 12, VI, do Código de Processo Civil, que apenas particulariza o caso da função em juízo.

Portanto tal artigo se subsume no princípio geral, sem perder o caráter de regra jurídica processual. O principio resulta das próprias relações jurídicas que constituem a figura técnica da pessoa jurídica. Qualquer legislador que tivesse de resolver o problema da atuação processual de tais entidades necessariamente tomaria um dos dois caminhos: o de deixar aos administradores a função de agir, e só a eles; ou atribuí-la aos administradores ou a quem quer que tivesse, pelos estatutos, o poder de funcionar. No fundo, o dilema comum: ou só a lei, ou a lei e o pacto social. Nenhuma originalidade, por isso mesmo, apresenta tal problema. Nem é, tampouco, assunto para ser resolvido pelas leis processuais sem atender à natureza material das entidades. As leis processuais recebem as soluções, quase feitas, do direito material ou do Código Civil, ou das leis especiais de direito privado, ou das leis de direito público em que tais pessoas jurídicas se formam. Mais: da Ciência do Direito, para a qual onde há órgão para presentação, esse é que presenta. O plano ou sistema jurídico em que a pessoa jurídica se cria é o que tem de resolver, por si ou pela remissão a outra lei, quem administra a sociedade. O Estado estrangeiro é parte em juízo, por seu órgão encarnado na figura, individual ou coletiva, que a sua Constituição apontou. Outrossim, quaisquer procuração, ou sem outorgamento de seu marido", poderia pleitear sobre coisa de raiz; e "nom valha quanto i for feito".

Passou às Ordenações Manuelinas, Livro III, Titulo 32, e às Filipinas, Livro III, Título 47, onde a referência era à capacidade processual ("litigar em juízo"). O consentimento ou outorga já era pressuposto para a validade do processo, tal como se diz, hoje, no ari 11, parágrafo único.

O juiz pode decretá-la de ofício e qualquer interessado pode alegá-la. Bens imóveis são os que o Código Civil, arts.

43-46, aponta. Além dos diretores reais sobre coisas alheias enumerados no

Código Civil, ari 674, há outros, como a promessa de compra-e-venda inscrita no Registro de Imóveis, o uso de superfície ou de espaço aéreo (Decreto-lei n0 271, de 28 de fevereiro de 1967, ari 70: “É instituida a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares, remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, ou outra utilização de interesse social”; ari 80: “É

permitida a concessão de uso do espaço aéreo sobre a superfície de terrenos públicos ou particulares, tomada em projeção vertical, nos termos e para os fins do artigo anterior e na forma que for regulamentada”).

3. Distinções É preciso que se não confunda o assentimento que há de prestar a mulher, para que o marido, ou o marido, para que a mulher possa litigar sobre imóveis ou sobre direitos a eles relativos, com o consentimento que há de prestar a mulher ou o marido se o pleito é sobre imóveis *comuns* ou sobre direitos *comuns* a eles relativos.

Aqui, tanto é titular do direito o marido quanto a mulher. Se a mulher não consentiu, ela, que não foi parte, não está ligada à relação jurídica processual, e só se teria ligado se se houvesse tomado parte, isto é, autora, ou ré, ao lado do marido.

4. Citação do marido e da mulher Tem de ser feita a citação da mulher quando o marido é réu, ou do marido, quando é ré a mulher, em pleito sobre bens imóveis, ou sobre direitos reais sobre imóveis. A expressão “direitos relativos a imóveis”, que estava no Código de Processo Civil de 1939, e muito repelimos, era de infelicidade terminológica que saltava aos olhos. Dissemos então: “O Código Civil, durante cuja elaboração tanto se procurou apurar a referência técnica a direitos e ônus reais, falou de “hipotecar ou gravar de ônus real os bens imóveis, ou direitos reais sobre imóveis alheios”. Com isso abrangia: a hipoteca ou qualquer situação subjetiva de outrem a respeito dos imóveis do marido, ou comuns; a hipoteca

ou qualquer situação subjetiva do marido ou do casal a respeito dos imóveis de outrem. Ora, direitos relativos a imóveis nem sempre são direitos reais. O direito do locatário à coisa locada não é direito real e, no entanto, é direito relativo a imóvel se a coisa é um imóvel. Leia-se o Código como só se referindo a direitos

reais sobre imóveis e direitos que, a respeito de imóveis sejam expectativos, ou formativos, geradores, modificativos ou extintivos".

Felizmente, o Código de Processo Civil de 1973 corrigiu o que exprobramos. Além disso, foi explícito no ari 10, 1, ao exigir a citação de ambos os cônjuges nas ações reais imobiliárias.

O marido tem a representação legal da *família.* Pode litigar em defesa dessa, porém não tem a representação processual da *mulher,* isto é, não litiga, em nome dela, como titular única ou meeira de bens, móveis ou imóveis.

Em nenhum artigo do Código de Processo Civil se pôs o marido na situação do síndico da massa falida, do inventariante da herança (não dativo!) e do curador da herança vacante. O marido é o chefe da sociedade conjugal.

Compete-lhe, assim, como corolários morais de sua situação no seio da família: 1. O direito a ser atendido pela mulher, devendo essa, no que seja justo e honesto, mudar seus atos e omissões pela vontade dele. A situação atual da mulher é a de sócia do homem, e não a de escrava, nem a da mulher *loco sororis* do direito romano. A civilização moderna completou a obra do Cristianismo e igualou, em sua situação recíproca, a mulher e o marido.7'

(Já nos repugnam os textos das Ordenações Filipinas, Livro V, Título 36, *§* 1, e Tiulo 95, *§* 4, que davam ao homem o direito de castigar a sua companheira.) II. A guarda da honestidade e bons costumes do lar. III. A decisão de casos domésticos que se apresentem, como, por exemplo, o assentimento para matrimônio de filhos, em que prevalece, contra a da mulher, a sua vontade.

O marido representa familia *;* não a mulher. Representação legal da família, diz-se. A mulher não é ente absolutamente incapaz, que o marido possa representar. Ele administra os bens, não representa a mulher. A 4~

Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 9 de maio de 1940 *(R. dos* 7'., 127, 95), lançou argumentos e proposições que se hão de repelir, por sem base: "Em se tratando de processos de apuração e partilha de direitos ou bens havidos por sucessão hereditária, não exige a lei, de modo expresso, a intervenção obrigatória da mulher casada. Consequentemente, o inventário pode ser feito e a partilha realizada com a só intervenção do marido, sem Cível do

Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 27 de junho de 1941, *O D.*, 13, 382).

O Conselho Superior de Previdência Social, a 16 de fevereiro de 1955 *(D. da J.*, de 10 de abril), entendeu que regra jurídica que preexclui a "representação" do espólio pelo inventariante dativo, não lhe tira o poder de recorrer, no interesse do espólio. Sem razão: não tem legitimação recursal; posto que possa recorrer como terceiro, se sofre com a decisão, de modo nenhum pode recorrer quem não é parte no feito, ou interessado.

A "representação" da herança pelos inventariantes é legitimação da comunidade de interesses; não tira aos herdeiros a sua qualidade de partes; são eles litisconsortes e podem falar na ação como partes, inclusive desistir ou transigir quanto à sua parte na herança. Se o inventariante se recusa a propor ação em nome do espólio, qualquer herdeiro pode propô-la. O ari 12, V, não eliminou a qualidade de partes aos herdeiros; criou, conforme a tradição, *umplus:* o *estado processual do* inventariante, quando não-dativo. Trata-se de construção legal, no plano processual, com o conteúdo de direito material.

No anterior Distrito Federal e, naturalmente, em outras Unidades da República, que lhe imitaram o surto burocratizante, típico das leis de organização judiciária e administrativa nos últimos tempos, tinha-se abolido o inventariante dativo, que era o inventariante nomeado pelo juiz, de sua livre escolha, para administrar os espólios, nos casos em que a lei lho mandava. Criou-se o inventariante judicial, símbolo, como todos os outros misteres judicializados, contra a tradição, da atividade devorante do Estado, no século XX, onde certos princípios políticos cederam à pressão das circunstâncias. Ajudicialização de tal inventariante não no fez não-dativo. E um inventariante dado pelo Estado, inventariante criado *a priori* para concentrar em si as inventarianças dativas. Há generalização monopolizadora da inventariança não atribuida a qualquer dos herdeiros. Dativo é, e como inventariante dativo há de ser tratado. Administra, não legitima *in solidum* a herança, como seria o caso do inventariante-herdeiro ou do inventariante-testamenteiro. O Código de Processo Civil de 1973 pôs no ari 990, V, o inventariante judicial antes da pessoa idônea (ari 990, VI).

O inventariante-testamenteiro é o que exerce a função de testaímenteiro, tendo sido indicado pelo testador, por não haver cônjuge comuneiro ou herdeiro necessário, concedendo-lhe o testamento, a posse e a administração da herança, ou o que, testamenteiro, não havendo cônjuge comuneiro, ou algum herdeiro, foi

nomeado inventariante, nos termos da lei (ari 990, IV).

O inventariante testamentário e o testamenteiro nomeado inventariante, no caso do ari 990, IV, “representam” o espólio. Os que não o “representam” são os inventariantes dativos *in casu* e os inventariantes dativos gerais, *a priori*, chamados judiciais.

As funções do inventariante vão até transitar em julgado a sentença de partilha (45 Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 27 de junho de 1941, *R. F.*, 89, 479); mas a sua responsabilidade para com os herdeiros, até a prestação de contas, se ocultou alguma representação do espólio. Julgada a partilha, se alguma causa estiver a correr com o espólio, sem os herdeiros terem comparecido, hão de ser citados, se o não foram, porque a legitimação do inventariante cessou. Os herdeiros recebem a causa no estado em que se acha (4S Câmara Cível, 10 de janeiro de 1941, *O D.*, IX, 374).

Se o inventariante não é dativo, é parte, *de oficio,* ou parte *por oficio.*

A expressão “representantes” é impropriedade terminológica, que corresponde a teoria já repelida. Herança não é pessoa, que se represente, nem o inventariante representa os herdeiros. São partes, que podem não ser titulares do direito, ou da pretensão, ou da ação, ou exceção que se discute, nem sujeito passivo do direito, pretensão, ação, ou exceção. Afeia alguns julgados falar-se, ainda, de “representação” da herança *(e. g.*, 2a Turma do Supremo Tribunal Federal, 16 de abril de 1948, *A. J.*, 87, 326; ia Câmara do Tribunal de Justiça da Bahia, 13 de julho de 1948, *R. dos T.*, 40, 53; 8~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 16 de novembro de 1946, *R. F.,* 113, 119; Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 13 de setembro de 1947, 119, 506). Às vezes, há erro: toma-se à letra o termo “representantes” e dispensa-se a citação dos herdeiros, ainda menores *(e.* g., 35 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 18 de dezembro de 1947, *R. dos T.*, 173, 170, e 9 de setembro de 1948, 177, 275).

10. Herança jacente e herança vacante E escusado gastar-se tempo na apuração da legitimidade dos termos usados pelo Código de Processo Civil para significar a herança a que se não encontram, ou de que se ignoram os herdeiros, os bens de alguém que desapareceu do seu domicilio, sem deixar representante ou procurador para os administrar, e os bens achados, de senhor ou possuidor ignorado. Aos bens de ausentes dar-se-á administração de um curador, nomeado

de acordo com o direito civil e o processual. A chamada herança acente é confiada à guarda e administração de curador, até que se entregue aos herdeiros e outros sucessores que se habilitarem, ou até que sejam havidos por bens vacantes. Bens vagos, na terminologia da da mulher, ainda que meeira. Mas, dada a circunstância de estar ela separada de fato, poderá intervir no processo, e postular em oposição ao marido, alegando conluio dele com os demais interessados, para prejudica-la, de modo a impossibilitar, de futuro, sua participação nos bens hereditários? Esta, a questão. Ora, desde que a sociedade conjugal continua, de direito, e sendo por lei o marido o representante legal da família, juridicamente é inadmissível a divergência ou contradição de vontades dos cônjuges, pois que a vontade da mulher se confunde com a vontade do marido. A mulher fala pela voz do marido (?). Assim, nada poderia reclamar (!)“. A mulher, separada ou não, tem de ser citada ou dar poderes ao marido para representá-la (representação voluntária) no inventário e partilha em que é interessada. Tem de ser citada ou assentir em comparência do marido em juízo, ou em representação dele, se se trata de bens imóveis do marido. Tratando-se de bens comunicados, é ela meeira. Não só assente, *consente.*

Tudo isso hoje se passa com o marido, sem qualquer distinção.

No parágrafo único, estabelece-se que ambos os cônjuges serão necessariamente citados para as ações reais imobiliárias. As ações possessórias de bens imóveis são ações reais imobiliárias. Tanto se há de cogitar de ações possessórias com litisconsórcio necessário ativo (ari 10: “sobre bens imóveis ou direitos reais sobre imóveis alheios”) quanto em ações possessórias com litisconsórcio passivo (ari 10, parágrafo único).

No ari 12, * 10, lê-se que, “quando o inventariante for dativo, todos os herdeiros e sucessores do falecido são autores ou réus nas ações em que o espólio for parte”. Aí, a exigência é da participação e não a da uniformidade da decisão .

A respeito dos bens móveis, particulares, é irrecusável que tem o marido, como tem a mulher, o direito de estar em juízo e, pois, que os pode alienar, sobre eles transigir, ou louvar-se em árbitros. Quanto aos bens móveis comuns, nenhuma restrição se lhe fez no direito civil, salvo no que também se limitou a situação do marido, isto é, no tocante a doações. Ainda sobre bens móveis comuns, há a sociedade conjugal, de modo que seria impossível sustentar-se a desnecessidade do consentimento.

No ari 669, *§* 10, que é a propósito de bens penhorados, diz-se que, feita a penhora, se ela recai em bens imóveis, também tem de ser intimada a mulher do devedor. Isso já estava no Código de 1939, ari 948, 2~ alínea. No *§* 20, que não constava do direito anterior, acrescenta-se que, se a penhora recai em bens reservados da mulher, dela também há de ser intimado o marido. Por bens reservados da mulher havemos de entender que também são incluídos o produto ou frutos do seu trabalho, e os bens adquiridos com esses (se não houve pacto antenupcial que afastou a espécie de reserva). Pergunta-se: uma vez que a Lei n0 4.121, de 27 de agosto de 1962, que estabeleceu igualdade entre os cônjuges, pode-se entender que a mulher não tem de ser intimada se a penhora recai em bens particulares do marido? Se se trata de bens imóveis, há a regra jurídica do ari 669, *§* 1~, que cogita da intimação da mulher. Se os bens não são bens imóveis, *de lege lata* se tem de atender ao ari 669, *§* 20, pois esse só se refere à intimação da mulher, se reservados os bens. Assim, os bens móveis, particulares, do marido podem ser penhorados, sem se exigir a intimação da mulher o que, *de legeferenda,* seria de repelir-se.

Quanto aos bens seus, sujeitos à administração do marido, é possível a promoção, pela mulher, dos meios assecuratórios e das ações que lhe competirem contra o marido. Dir-se-á que não é ela dispensada do assentimento marital quando tais meios e tais ações não são contra o marido. E sempre perigoso o argumento *a contrario sensu.*

Mas, na espécie, o marido descura da administração dos bens da mulher, ou do dote, e a lei civil permite que ela proponha os meios assecuratórios e as ações que contra esse lhe competirem; claro é que, *afortiori,* lhe reconhece a defesa do que é seu e, entregue à administração do marido, não foi por ele suficientemente protegido.

Se o marido (ou a mulher) permite que a mulher (ou o marido) pleiteie sobre bens móveis comuns, caso em que a propriedade é de ambos, mas o marido (ou a mulher), pela comunhão conjugal, tem *pars in qualibet minjína parte,* não são vedados à mulher (ou ao marido) a transação, o compromisso e a confissão. E a razão é simples: em tal sociedade *sui generis,* que é a conjugal, pode qualquer dos comuneiros, que *administra,* alienar os bens móveis. E

quem pode alienar uma coisa, pode transigir, celebrar compromisso, ou confessar a respeito dessa colsa. Se a mulher confessou, a confissão é eficaz no

que não importe alienação de imóveis, ou reconhecimento de direitos reais sobre eles, ou alienação de direitos reais sobre imóveis alheios, e esse é um dos casos de divisibilidade da confissão.

Se houve assentimento especial, além da permissão para litigar, a confissão é eficaz em quaisquer hipóteses: *a)* quanto aos imóveis comuns, porque a mulher é procuradora bastante do seu marido, e está em juízo por si e por ele, comuneiros dos bens litigiosos; *b)* quanto a seus imóveis particulares, porque tem a mulher os dois assentimentos legalmente exigidos: o de ir ajuizo civil ou comercial; e o de alienar imóveis particulares, gravá-los de ônus real, ou alienar direitos reais sobre imóveis de outrem. O Tribunal de Apelação de São Paulo (3~ Câmara, 4 de fevereiro de 1938, *R.* litísconsorte, e como tal há de ser tratado. Não se pense na distinção do ari 50, uma vez que o herdeiro é litisconsorte (ari 46), e não assistente. Não rebaixemos, portanto, por amor à precisão técnica, o herdeiro à categoria de simples assistente. E um dono e possuidor, pelo menos mediato, da herança, ou titular de direito à posse. Até que o inventariante preste o compromisso continua o espólio na posse do administrador (ari 985). No ari 986 diz-se, explicitamente, que o administrador provisório *representa*, ativa e passívamente, o espólio, é obrigado a trazer ao acervo os frutos que desde a abertura da sucessão percebeu, tem direito ao reembolso das despesas necessárias e úteis que fez e responde pelo dano a que, por dolo ou culpa, dê causa. Sob os arts. 985 e 986 tratamos do assunto. Apenas temos de frisar que ele tem de tomar as providências de indicação dos herdeiros e sucessores, se alguma ação tem de ser proposta, ou já o fora, pelo decujo ou contra ele, ou pelo espólio ou contra ele. Trata-se de representação emergencial.

Enquanto não se distribuem os bens da herança, procede-se ao inventário e partilha. Quase sempre, devido ao instituto da saisina, os bens já foram transmitidos aos herdeiros. No ari 12, V, fala-se de espólio, do que se despojou, do que se pôs, conforme o étimo, fora da pele, o que restou do morto. No *§* 10, diz-se que, quando o inventariante for dativo, todos os herdeiros e sucessores do falecido serão autores ou réus nas ações em que o espólio for parte. Ora, aí, partes são os herdeiros e sucessores, conforme está no próprio texto, de modo que dizer-se ser parte o espólio, já as havendo, cai-se em redundância. No próprio ari 12 fala-se de ser representado em juízo, ativa e passivamente, pelo inventariante, o espólio. O que acontece éque, se o inventariante é dativo, as ações têm de ser propostas pelos herdeiros e sucessores e contra eles. Há, aí,

litisconsórcio ativo ou passivo, necessário, posto que possa a ação ser restrita a determinado bem que foi por testamento deixado a algum herdeiro ou sucessor. Do §

1º havemos de tirar que, se dativo o inventariante, a sua função fica muito reduzida, posto que, não sendo sequer representante do espólio (arts. 991, j 2a parte e 12, *§* lo), administra o espólio, vela os bens com a mesma diligência como seus fossem, exibe em cartório os documentos relativos ao espólio, traga à colação os bens recebidos pelo herdeiro ausente, renunciante ou excluído e até tenta pedir a declaração de insolvência (ari 991, 1-Viu). O

inventariante que não é dativo, portanto o nomeado conforme o ari 990,1-1V, "representa" o espólio (ari 12, V) e é parte nas ações, além de representar (ari 990, 1:

cônjuge sobrevivente casado sob regime de comunhão, se estava convivendo com o outro ao tempo da morte deste; ari 990, II: o herdeiro que estava na posse e administração do espólio, se não ocorre o que se prevê no ari 990, 1; ari 990,111: qualquer herdeiro, se nenhum estava na posse e administração do espólio; ari 990, IV: o testamenteiro, se toda herança foi distribuída em legados e o falecido lhe confiara a administração do espólio). Se o testamenteiro não é herdeiro, algo se passa de outorga de poderes em causa de morte: não é parte, nas ações a favor e contra o espólio, mas é inventariante e representa o espólio. Fala e age como representantes e não como parte. Todas as partes têm de figurar, conforme a lei, sem que se possa afastar o *princípio,* de direito material (Código Civil, ari 1.580) *de que qualquer herdeiro pode reclamar a universalidade da herança contra terceiro* (parágrafo único).

O cônjuge meeiro ou o herdeiro, que é inventariante, representa o espólio (ari 12, V, e *§* 10), e tem de funcionar no seu interesse e no dos outros herdeiros e sucessores, respeitando as regras jurídicas sobre litisconsórcio e assistência.

O inventariante, se não é dativo, tem as ações possessórias, ainda se contra o herdeiro ou contra herdeiros (S~

Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 14 de agosto de 1945, *A. J.*, 78, 41), mas perderia a lide se o herdeiro tem posse imediata, que seria ofendida, ou se a ação possessória iria contra a posse mediata, superior, do

herdeiro.

Uma das consequências do ari 12, * 1º, é que o inventariante dativo não pode intentar ação em nome do espólio (4~

Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 17 de abril; 2~ Câmara Civil, 20 de agosto de 1940, *R. dos T.*, 126, 190; 127, 483); nem defendê-lo em ações que se proponham contra a herança; nem recorrer em tais ações (S~

Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 7 de outubro de 1941, *O D.*, 14, 357). O testamenteiro, que foi nomeado inventariante, não é inventariante dativo (4~ Câmara Cível, 26 de dezembro de 1941, *R. F.*, 92, 120).

Se o inventariante é dativo, têm de ser citados os herdeiros nas próprias ações que não sejam de domínio e posse55

(4a Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 24 de abril de 1941, *R. dos T.*, 131,667; 4~ Câmara Trata-se de litisconsórcio necessário. O espólio faz-se representar pelo inventariante dativo, na forma do inciso V, mas, por força do * l~, todos os herdeiros e sucessores do falecido serão autores, ou réus. Encontra-se nesse parágrafo. quando o espólio é autor, caso raro de litisconsórciO necessário ativo, no qual as pessoas indicadas têm de figurar no pólo ativo da relação processual, devendo ser citadas as que não quiserem, espontaneamente, demandar (artigo 47, parágrafo único), para ficarem sujeitas à eficácia do processo, nulo sem a presença delas (outra hipótese de litisconsórcio necessário ativo é a do ari 952). Ativo ou passivo. o litisconsórciO. na espécie, além de necessário, é também unitário porque a sentença de mérito permanecerá invariável para todos os litiseonsorteS do mesmo pólo. *dos T.*, 112, 96) entendeu que a mulher não é citada, nas ações sobre bens imóveis, para oferecer defesa contra o autor, e sim para evitar que o marido, conluiado com esse, dilapide os bens do casal; e acrescentou o acórdão: “A defesa propriamente dita compete somente ao marido, como chefe do casal”. Não está certo. O marido não *representa* a mulher, se bem que tenha a “representação legal da família”. A mulher é parte nas ações sobre os bens imóveis *comuns* e parte única nas ações sobre os seus bens. Nas ações sobre os bens particulares do marido é que somente precisa ser citada, se réu o marido, ou assentir, se autor. Tratando-se de bens comuns, ela e o marido são partes, sob pena de não haver contra ela coisa julgada ou de ser alegada a invalidade do processo. O acórdão confundiu a

necessidade de legitimação passiva com a necessidade de assentimento.

O ad. 10 fala de ações que versam sobre bens imóveis ou direitos reais sobre imóveis alheios. Não só se falou de ações reais sobre imóveis do cônjuge. O ari 10 incide mesmo se se trata de simples promessa de compra-e-venda de imóvel, e dá-se o mesmo se o pré-contrato é para constituir a favor de algum direito real sobre o imóvel. Pense-se também em cláusula contratual em que o cônjuge, em contrato de empréstimo, disse que nomearia à penhora, em caso de inadimplemento, determinado ímóvel.

Ajurisprudência que dispensava a outorga uxória ou marital nas ações possessórias desatendia e hoje desatenderia a que o Código de Processo Civil fala de ações que versarem sobre bens de raiz ou imóveis ou sobre direitos reais sobre móveis *(e. g.*, 1a Turma do Supremo Tribunal Federal, 23 de janeiro de 1947, *R. F., 115,* 116). Certo, o acórdão das Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 26 de dezembro de 1946 *(R.*

F., 113, 106; *O D., 45,* 337). Na própria ação de imissão de posse, é preciso que haja a outorga uxória ou marital (sem razão, a 8a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a 29 de outubro de 1947, *R. F.,* 120, 158, com voto vencido de Guilherme Estelita). No meio de tanta opinião de oitiva, são de mencionar-se os acórdãos da 2a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 15 de setembro de 1947 *(R. dos T.,* 171, *577)* e a 29 de junho de 1948 *(R. F.,* 120, 184), que frisaram ser "real" a ação possessória. Ainda assim, cumpre que se distigam as espécies em que o marido ou a mulher é que é titular do direito ou da posse daquelas em que são titulares o marido e a mulher; naquelas, a falta de assentimento tem como consequência a nulidade; nessas, a falta é de consentimento, que envolve, também, a de assentimento, e causa ineficácia da relação jurídica processual quanto ao outro cônjuge, pois não foi chamado ajuizo, como titular.

Quanto às ações possessórias, tem-se dispensado a outorga, alegando-se que se trata de ações pessoais (3~ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 11 de novembro de 1942, *R. dos T.,* 142, 607; 3~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 18 de maio de 1950, 187, 307): ai, o erro de fundamento é evidente, devido à confusão entre ação "real" e direito "real". A respeito, já o ari 81 do Código de Processo Civil de 1939 fora explícito: "Nas causas que versarem sobre bens imóveis, ou sobre direitos a eles relativos, o marido não

poderá demandar sem exibir outorga uxória e, quando réu, será citado juntamente com a mulher". Quanto aos imóveis comuns, tem a mulher a composse, de modo que há de ser citada, ou, se autor é o marido, há de esse exibir o consentimento da mulher. Quanto aos imóveis do marido, a mulher não tem posse, nem há de o marido, que apenas discute posse, discutir o domínio, mas a citação da mulher, ou a sua outorga, é indispensável, tanto mais quanto, se o réu opõe a exceção de ser proprietário, se tem de discutir domínio, razão a mais para se pôr em prática, sempre, a exigência da citação inicial, ou da outorga uxória, conforme se trata de marido réu ou de marido autor, ou da outorga marital, se autora ou ré é a mulher.

No sistema jurídico brasileiro, o trato das nulidades, em direito processual, é assaz distinto do que lhes dá o direito material. Principalmente na regra jurídica do ari 249, *§* 10. As invalidades quanto à representação e àassistência são todas *nulidades.*

Alguns julgados revelaram leitura superficial da lei processual. No ari 1 3, que se refere à incapacidade processual, adotou-se a técnica austríaca da marcação de prazo. A nulidade não pode ser, de oficio e sem dação de oportunidade decretada; porém de modo nenhum depende de requerimento do interessado, como parece terem sustentado os juizes da 2a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 15 de setembro e a 13 de outubro de 1947 *(R. dos T.,* 171, 194)ea29dejunhode 1948 (também, a27dejaneiro de 1948, 173, 281). Há o procedimento do ari 13 para se suprir, ou para se decretar a nulidade (cf. ari 249 e *§§* l~ e 20).

Na ação de despejo do locatário, a citação do marido da ré, ou da mulher do réu, não é essencial (10 Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Apelação de São Paulo, 13 de março de 1941, *R. dos T., 135,* 109), salvo na hipótese, *e. g.,* do ad. 10, parágrafo único, II ou III. Não assim na ação executiva por aluguéis. É sempre nula a penhora sobre bens imóveis em que não é citado o outro cônjuge (2~ Câmara Civil, 4 de agosto de 1942, *R. dos T.,* 138, 667), ainda que o citado o tenha sido por edital (Câmaras Reunidas, 21 de novembro de 1941, *R. dos T.,* 140,636), ou sobre bens móveis comuns.

anulação), ou de retificação (mandamental). Tem-se de afastar a opinião de que o curador seja legitimado materialmente: a falência tem por fim a satisfação dos credores, no concurso, que é via executiva; ele representa ainda que por força de

lei (representação legal), os credores e aí serve a eles, inclusive contra o falido e falsos credores, ou contra credores que não devem figurar no concurso, ou não devem figurar como estavam figurando.

Trata-se de função dada por lei; e não de titularidade de direitos, pretensões, ações e exceções.

Em relação ao falido, o síndico tem *estado processual* (Prozesstandschai, Josef Kohler, Der Dispositionsniessbrauch, *Jherings Jahrbíicher,* 24, 319), é o chamado substituto processual, tem a faculdade de incoação do processo, legitimação *ad causam.* Em relação aos credores, representa-os. Exatamente quanto à massa falida, não a representa: exerce a função de *parte de oficio* (Partei Krai Amts).

O síndico representa os credores nas defesas, nas ações e execuções contra o devedor, quer o faça em integração de contestação, quer em embargos do devedor (Decreto-lei n0 7.661, ari 57), quer em embargos de terceiro *(e. g.,* Decreto-lei n0 7.661, ari 52).

Quanto à sociedade de funcionários públicos, Lei n0 í .134, de 14 de junho de l95O.~~

No Código de 1973 há os arts. 748-786 sobre a insolvência, sua declaração judicial, as atribuições do administrador, a classificação dos créditos, o saldo devedor, a extinção das obrigações e a forma dos pagamentos.

No ari 766,11, estatui-se que incumbe ao administrador “representar a massa, ativa e passivamente, contratando advogado, cujos honorários serão previamente ajustados e submetidos à aprovação judicial”. O ari 12, III, falou de massa falida, representada pelo síndico, e não se referiu à insolvência civil, às medidas adequadas e ao administrador. Mas a omissão do ari 12 é sem relevância, porque há o ari 766, II. O que dissemos a respeito de massa falida é invocável a propósito da insolvência civil e a massa dos bens do devedor insolvente.

9. Parte oficial, na herança O Código de Processo Civil, ari 12, §l~’, adotou a “representação” da herança pelo inventariante, salvo no caso de inventariante dativo, tal como se estatuía no direito anterior. A interpre84 A Lei n0

1.134, de *l4.6.50,* que autorizou as associações de funcionários ou empregados dc empresas industriais da União a representação coletiva ou individual dos seus associados, perante as autoridades administrativas e ajustiça ordinária, foi recebida pelo ari 50 XXI, da Const. 88.

tação da regra jurídica mais se esclarece com a análise da exceção do que com a própria regra jurídica. A lei excluiu o inventariante dativo da legitimação ativa e passiva única no processo, por ser, no próprio conceito, pessoa estranha à herança. Pareceu-lhe perigoso que o estranho pudesse tornar litigiosos bens e direitos em que não tem, sequer, parte. Se imaginamos espólio em que o inventariante é dativo, a situação que se estabelece é a seguinte: a representação de direito material não saiu do terreno do direito comum da indivisão, de modo que todos os herdeiros têm de comparecer ou de ser citados. Note-se bem o estado em que permanece a relação jurídica da representação. Existe a universalidade da herança. Existe o conceito jurídico de herança. Não houve, contudo, a evolução do conceito de "representação", a ponto de se permitir que o "representante" dela fosse pessoa estranha.

Apenas se subiu ao grau evolutivo em que, sendo um dos co-herdeiros o inventariante, a lei lhe faculta, como administrador da herança, usar das ações do espólio e defendê-lo nas ações propostas contra a herança. Em verdade, não foi muito o que se lhe concedeu, porquanto, no ari 1.580 do Código Civil, se estatuíra e continua em vigor: "Sendo chamadas, simultaneamente, a uma herança, duas ou mais pessoas, será indivisível o seu direito, quanto à posse e ao domínio, até se ultimar a partilha." No parágrafo único, também em vigor, se acrescenta:

"Qualquer dos co-herdeiros pode reclamar a universalidade da herança ao terceiro, que indevidamente a possua, não podendo este opor-lhe, em exceção, o caráter parcial do seu direito nos bens da sucessao.

Dai resulta, no sistema combinado do Código Civil e do Código de Processo Civil, que o inventariante mantém posição mais visível, quanto àposse e ao domínio, se bem que igualmente suficiente para ser parte, *in solidum,* na herança (não cabe dúvida, hoje, quanto à capacidade processual do inventariante, se não é dativo, Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 31 de maio de 1940). Fora

das questões de domínio e de posse, só a ele, e não aos herdeiros, cabe a representação do espólio. A sua vantagem é, então, quanto ao todo da herança, ou qualquer das suas partes, de força legitimativa, e não só de visibilidade maior. Isso não exclui a participação dos herdeiros, voluntária, porém não necessária, em quaisquer processos, não de domínio, nem de posse, em que a herança seja interessada. Qualquer herdeiro é comuneiro nos interesses hereditários, quer ativos quer passivos. A solução adotada (arts. 46 e 49) foi a de se reconhecer a relação de litisconsórcio, ativo ou passivo, que se estabelece, permitindo-se, por exempío, a intervenção do herdeiro, como litisconsorte, nas ações em que a herança for autora ou ré, ou assuma posição de interessado. O herdeiro é ações possessórias propriamente ditas, a citação do marido e da mulher quanto aos bens comuns é indispensável; bem assim, quanto aos imóveis da mulher ou do marido. A citação do outro cônjuge é indispensável, sempre, se se trata de ação de usucapião.

A questão da supribilidade da falta de citação do outro cônjuge perdeu muito da sua importância, pelo tratamento assaz diferente das nulidades no sistema processual civil, desde 1939. Em todo caso, é de advertir-se em que o ari 13 "comina" a nulidade. Cominando-a, a espécie pertence ao aU. 249 e *§§* 10 e 20, e não ao ari 244. É suprivel a nulidade; é repetivel o ato, em que faltou; ao tomar as providências preliminares deve o juiz ordenar que se supra a falta, naturalmente dando ao então citado o prazo para a contestação. Não cabe, porém, ter-se como sanada a nulidade por se ter praticado por outra forma (ciência do marido ou da mulher, extraprocessual), ou não ter sido arguida pelo interessado.

A 3~ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 4 de fevereiro de 1938 *(R. F.,* 74, 296), entendeu que a mulher meeira somente é citada na ação concernente a imóveis para que não haja conluio do cônjuge com o autor da ação: a defesa somente competiria ao marido, razão por que não precisaria ser intimada da sentença, para correr o prazo para recurso. Tudo isso é absurdo. A citação é aos dois cônjuges; aos dois cônjuges, quaisquer intimações.

Orça por erronia palmar dizer-se, como fez o acórdão, que se não cita a mulher meeira como parte principal, e sim para se lhe "dar notícia do litígio". Outra decisão teratológica foi a da ~a Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 18 de abril de 1938 *(R. F.,* 74, 461), que chegou ao extremo de dizer não-necessária a citação da mulher.

Na ação de demarcação, é preciso citar-se outro cônjuge, porque está em causa propriedade imóvel. Não é preciso, para essa exigência, que se tenha introduzido questão de condomínio ou posse (sem razão Carlos Maximiliano, *Condomínio,* 319). Primeiro, porque nas causas que versarem sobre bens imóveis, ou direitos reais sobre imóveis, o marido não pode demandar sem exibir outorga uxória e, quando réu, é citado juntamente com a mulher; idem, a mulher. Segundo, a ação de demarcação é real. Não se precisaria de cumulação com a ação de reivindicação, ou outra, para que se impusesse a citação do outro cônjuge.

Não depende de assentimento uxório ou marital ou de litisconsórcio a ação movida contra o vizinho para haver indenização por prejuízos decorrentes de direito de vizinhança (2~ Turma do Supremo Tribunal Federal, 27 de dezembro de 1949, *R. F.,* 130, 107). Não assim se a ação é contra um dos cônjuges que no prédio habita ou tem escritório, ou gabinete, ou negócio.

A falta da citação de outro cônjuge pode ser arguida em qualquer instância (l~ Turma do Supremo Tribunal Federal, 10 de janeiro de 1952, *D. da J.* de 10 de fevereiro de 1954), ou na ação de execução de sentença.

As Câmaras Reunidas do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a 26 de outubro de 1950 *(A. J.,* 98, 52), entenderam que a discussão quanto àvalidade de pré-contrato de compra-e-venda de imóvel não exige as sentimento do outro cônjuge. Mas é evidente que se trata de ação sobre imóveis, no sentido da lei (certa, a 4~

Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a 22 de maio de 1951). A ação há de versar sobre imóveis, quer se trate de aquisição, quer de alienação, não se podendo tirar que a lei só se refere à posição de autor, e não à de réu (sem razão, a 2a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, 15 de fevereiro de 1951, *Paraná Jud.,* 53, 406).

A ação rescisória de sentença em que se discutiu propriedade, ou direito à propriedade, ou posse de imóveis, ou direito sobre imóveis, ou a imóveis, é ação em que se precisa de assentimento do outro cônjuge.

Mais uma vez observemos: o aU. 10 não só se refere aos bens comuns, e, quanto aos bens comuns, o homem e a mulher têm de consentir, e não de assentir.

5. Capacidade processual do marido e da mulher O ari 10 e seu parágrafo único mostram que as exigências para a atividade processual ativa e passiva são exceções à capacidade processual dos cônjuges. Antes se chegava ao erro extremo de se dizer relativamente incapaz a mulher casada, o que, a despeito dos ataques que há tempos fizemos, só se corrigiu em 1962. O Código de Processo Civil de 1939 não a incluiu na lista dos incapazes, mas ainda exigiu a autorização do marido para comparecer em juízo. O que ainda revela atraso correspondente aos tempos em que a mulher não tinha economia própria, nem trabalhava, nem procurava manter no lar o regime de igualdade. Difícil seria que a estrutura política não refletisse a estrutura econômica. Menos ainda que dessa fosse independente a estrutura familiar. Daí, a singularidade de, em países que inserem nas Constituições o *princípio da igualdade perante a lei*, ainda insistirem na catalogação da mulher casada como incapaz e na exigência da "autorização" marital. Ao tempo do Código Civil, dera-se passo além do direito anterior. O Código de Processo Civil de 1939

somente corrigiu o termo "incapaz", e aumentou um caso à lista do Código Civil e de outras leis, relativo às exceções à necessidade da autorização marital. Tal caso era o de poder a mulher ir a juízo, em defesa do marido, quando revel, depois de ser citado por edital ou com hora certa.

(Ari 12)

As pessoas jurídicas estrangeiras têm as suas leis ou os seus estatutos.

As pessoas jurídicas a que se refere o ari 12, VI, não são apenas as pessoas jurídicas de direito privado (sociedades civis, sociedades comerciais, fundações). Podem ser de direito público, sem serem entidades estatais ou paraestatais, ou autarquias. Se alguma lei cria entidade, de interesse público, cuja constituição e funcionamento se rege por direito público e étida, para outros efeitos, como tal, não se há de pensar em entidade de direito privado.

As instituições religiosas são instituições de direito privado, qualquer que seja a sua estrutura. De direito público é a Embaixada do Vaticano, ou Consulado Geral ou Consulado. Mas, ai, representam o Vaticano.

8.Massa falida A *massa da falência* constitui um todo. O juízo falencial apanha em todo, como conjunto de ativo e de passivo, subordinados a certos princípios

de inseparabilidade, mantendo caracteres de indivisibilidade e universalidade de juízo. Da parte de certos sujeitos de direito e de certos bens ocorre resistência à universalização expansiva do juízo falencial. Assim é que as dividas ativas da Fazenda Nacional escapam ao conceito global, que a falência implica (exclusão de fundamento subjetivo), e certos feitos, de jurisdição restrita e improrrogável, se mantêm incólumes à expansão falencial no tocante a bens (exclusão de fundamento objetivo). Para que o trato da massa falida, unificação conceptual de ativo e passivo, pudesse ser realizado de modo satisfatório no juízo indivisível e universal, forçoso seria que dela cuidasse uma só pessoa (quando muito, grupo de pessoas, em formação colegial). Assim, pode aparecer como autora, ou como ré, ou em qualquer outra situação de interesse processual, no seu juízo, ou fora dele, como unidade.

Na execução coletiva, em que o comerciante deixou de pagar o que devia, há, quase sempre, pluralidade de bens e pluralidade de devedores. Digamos assim porque pode só haver um bem penhorável *(e.g.,* o prédio da loja) e um só credor. De ordinário, há pluralidade de bens e pluralidade de credores. Ao conjunto daqueles ou ao único bem se chama massa falida (ari 12, III). O sistema jurídico atribui ao síndico a representação. O Código deixou de referir-se ao caso de liquidaçóes extrajudiciais, que são regidas pelo Decreto-lei n0685, de 17 de julho de 1969. Na Lei n0

4.137, de 10 de setembro de 196282 (CADE), ari 61, estatui-se: “Verificada a impossibilidade da normalização da atividade econômica da empresa, o Juiz determi82 A Lei n0 8.884, de lIde junho de 1994 (ari 92), revogou aLei n04.137, de lOde setembro de

1962.

nará a requerimento do CADE sua liquidação judicial, ressalvada à União a faculdade de desapropriá-la, se convier ao interesse público.” No ari 47:

“Se os notificados não cumprirem as determinações do CADE, no prazo fixado, este promoverá a execução judicial da decisão, requerendo a intervenção de uma, algumas ou todas as empresas.”83

A massa falida será “representada” pelo síndico. “Representada aí está em sentido de representação de direito material. O conceito pertence ao direito falencial, e não ao direito processual civil. Trata-se da *limitação ao direito de dispor* (Veriigungsbeschrãnkung). Os conceitos de tal limitação, de massa falida, herança vacante, etc., são conceitos de direito material, a que o processo civil alude. Por isso mesmo, havendo mudança na Lei de Falências quanto à representação, o ari 12, III, estará derrogado. O direito falencial é misto de direito material e de direito processual, reunidos por conveniência daquele tratamento indivisível e universal a que se aludiu. A representação postulacional da falência pertence ao advogado da massa falida, que há de ser contratado pelo seu representante, no sentido de direito material (síndico, administrador). Síndico e administrador têm de ser citados em tudo que possa colocar a massa falida em algum pólo de relação jurídica processual, no juízo da falência ou fora dele.

Lê-se no Decreto-lei n0 7.661, de 21 de junho de 1945, ari 63:

“Cumpre ao síndico, além de outros deveres que a presente lei impõe: XVI representar a massa em juízo, como autora, mesmo em processos penais, como ré ou como assistente, contratando, se necessário, advogado cujos honorários serão previamente ajustados e submetidos à aprovação do juiz.” Diz o Decreto-lei n0 7.661, de 21 de junho de 1945, ari 99: “O síndico ou qualquer credor admitido pode, até o encerramento da falência, pedir a exclusão, outra classificação, ou simples retificação de quaisquer créditos nos casos de descoberta de falsidade, dolo, simulação, fraude, erro essenc.ial ou de documentos ignorados na época do julgamento do crédito.” No parágrafo único: “Esse pedido obedecerá ao processo ordinário, cabendo da sentença o recurso de apelação.” Há, aí, feixe de ações, de modo que apenas se redigiu regra geral de legitimação para o síndico e, fora do ari 53, para qualquer credor. Discute-se se o síndico, em tais espécies, é materialmente legitimado, ou só processualmente (em relação com os credores); mas o síndico representa apenas os credores, ao exercer tais ações declaratórias de inexistência ou de ineficácia, ou constitutivas negativas (de nulidade, de

83A Lei n0 8.158, de 8.01.91, que substituiu normas para a defesa da concorrência, embora alterasse a Lei n0 4.137, de 10.09.62, não revogou seu ari 61.

Tudo isso passou e muito nos contenta ver, no período dos últimos onze anos, levado adiante o que entendíamos ser indubitavelmente necessário.

A regra jurídica do ari 10, concernente à propositura de ações pelo cônjuge, tinha de ser mais limitada do que a do parágrafo único, que é sobre a citação do outro cônjuge. Os limites para a legitimação ativa são menores do que os da legitimação passiva. Trata-se, nas duas espécies, de *ius cogens.* A litisconsorciação passiva, necessária, é o assunto do ari 10, parágrafo único, razão por que incide o aU. 47, com o parágrafo único, com a extinção do processo sem julgamento do mérito (ari 267, XI). A legitimação ativa do cônjuge depende do consentimento do outro, quer esse seja comuneiro, quer não. Os co-proprietários, sejam cônjuges ou não, ou proponham, juntos, a ação que verse sobre bem imóvel ou direitos reais sobre imóveis alheios, ou um deles propõe a ação e o caso é de litisconsórcio necessário uniforme (aU. 47), razão para que o juiz tenha de ordenar a citação (ari 47, parágrafo único). O assunto do ari 10 é a exigência do *consentimento* do outro cônjuge, que não é co-proprietário ou co-titular de direito real em imóvel alheio.

Advirta-se que versa sobre bem imóvel, por exemplo, a ação possessória, a ação de indenização por benfeitoria no imóvel, em caso de posse ou de reivindicação, a ação de demolição se houve cominação, a ação de divisão, mesmo se o fundamento foi a posse e não a propriedade lato senso, a ação sobre tapumes.

Ao citado por edital, ou com hora certa, havendo revelia, manda o ari 9011 que o juiz lhe dê curador à lide, se o revel foi citado por edital, ou com hora certa. Primeira questão: Tem o marido ou a mulher, comparecendo a juízo, para defender o cônjuge, de ser nomeada curadora à lide? O juiz não está adstrito a nomear o cônjuge. Seria pernicioso permitir-se ao juiz aquilatar da eficiência da mulher como defensora do seu marido, ou do marido como defensor da mulher, porque o simples fato do comparecimento já indica interesse, como também porque comparece, como qualquer pessoa, representada por advogado, salvo se advogado é e funciona em causa própria?

Não; porque, hoje, não há mais o ari 82, 1, do Código de Processo Civil de 1939. Se o juiz nomeia o marido curador à lide ou a mulher no processo em que o cônjuge é revel, há curadoria à lide do revel.

Se o cônjuge tinha de ser citado, ou figurar como autor, pode, a qualquer tempo,

comparecendo ajuizo, alegar a ineficácia quanto a ele, se era de ser citado como meeiro, e há nulidade, ainda se não era meeiro, mas se fazia mister o seu assentimento. Se não tinha de ser citado como meeiro, mas havia de ser citado, ou de assentir, e foi revel o outro cônjuge nos casos de citação por edital, ou com hora certa, pode alegar a falta do assentimento ou comparecer para suscitar a nomeação de curador à lide.

Nas espécies do ari 10, parágrafo único, o cônjuge é tratado como parte, e fica, em verdade, em situação processual de parte, tal como o marido naqueles casos em que vai a juízo ou em juízo se defende, a respeito de interesse da família, sem precisar do consentimento da mulher. Tem-se ai caso de *Prozesstandschai*, figura jurídica a que Josef Kohler (Der Dispositionsniessbrauch, *Jherings Jahrbucher,* 23, 319 s.) deu o nome, se não se quer pensar em parte de ofício, ai puramente privado.

A ia Câmara do Tribunal de Justiça do Paraná, a 24 dejaneiro de 1950 *(Paraná Jud.*, 51, 387), decidiu que a mulher, citada com o marido, tem atividade processual igual à do marido. Mas é preciso distinguirem-se: *a)* a citação como meeira, espécie em que ela é parte como o marido, com a prestação de assentimento de um cônjuge ao outro, implicitamente; *b)* a citação, por ter de assentir, não sendo meeira; *c)* a citação supérflua, por, na espécie, não se precisar de citação da mulher. Na espécie *b),* a mulher só élegitimada processual; na espécie *c),* pode assumir, se o quer, tal posição.

A exigência do assentimento do marido para que a mulher comparecesse em juízo era tão artificial que os casos expressos em lei, permitindo-lhe a comparência, eram tantos que o próprio Código Civil de 1916 já enumerara, no momento da sua feitura, muitos casos, sem se contarem os que derivam de lhe competirem a direção e a 2 administração dos bens do casal. O estudo por menor de tais exceções e de outras, insertas em leis 9 posteriores ao Código Civil, constituía matéria de direito de família, e não de direito processual. O Código 2 de Processo Civil de 1939 andou certo em remeter, sem distinção, a elas: “nos casos expressos em lei”.

Um deles era o do Código Civil, onde se dispõe que à mulher competem a direção e a administração do casal, quando o marido estiver em lugar remoto, ou não-sabido. Primeiro, porque é menos larga aquela do que essa.

Segundo, porque no Código Civil já se supõem a direção e a administração do casal, e não só a simples não-comparência em juízo por parte do marido. Quem é citado com hora certa, não está em lugar remoto, ou não-sabido. Ai, ressalta a diferença entre o próprio pressuposto da lei civil e o do ari 90, II, do Código de Processo Civil.

Pode a mulher casada estar em juízo para se defender de qualquer ato do marido que a possa prejudicar (2~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 21 de agosto de 1951, *R. dos T.*, 194, 880); ou se o marido está ausente (6~ Câmara Civil, 25 de abril de 1952, 201, 176).

DA CAPACIDADE PROCESSUAL

do Tribunal de Apelação de São Paulo, 13 de fevereiro de 1941, *R. dos T.*, 130, 9O)2~

O ari 12, 1, não afasta a possibilidade de ter representante, em vez de órgão, a pessoa jurídica de direito público interno. Só a lei poderia excetuar a função de órgão e criar a de representante. De regra, quando a entidade de direito público comparece perante tribunal estrangeiro é por meio de representante, e não de órgão: o órgão, aí, não se poderia inserir na estrutura estatal estrangeira. Não é de se preexcluir a função do órgão nos tribunais supra-estatais ou interestatais, nem o ter de ser considerada a pessoa que atua, internamente, como órgão e, externamente, como representante. Para seu próprio Estado, presenta-a; para o Estado estrangeiro, representa-a. Tal o que de ordinário ocorre quando o órgão do Estado-membro, ou do Município, atua perante tribunal federal, ou quando órgão da União atua perante tribunal estadual.

4. Distrito federal Quanto ao Distrito Federal, são aplicáveis as considerações que fizemos à nota 3.

5. Territórios Os Territórios têm estrutura política diferente da estrutura dos Municípios, ou dos Estados-membros.

A generalidade da expressão “procuradores” permite que as leis se sucedam sem derrogação do ari 12, II. Também aos Territórios se aplica o que dissemos no final das notas 1) e 2) e no começo da nota 2). ~

6. Municípios É estranho que, fugindo à norma adotada na referência à União, aos Estados-membros, ao Distrito Federal e aos Territórios, o Código de Processo Civil de 1973, como o de 1939, atribua a função de órgão processual aos prefeitos dos Municípios.5> O Prefeito, como o Presidente do Estado-membro e o Presidente da República, é órgão , no plano do direito material, da unidade política que cada um chefia. Não, postulacionalmente.

Tanto mais quanto é possível que o Prefeito não seja advogado.

78O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei n0 8.906. de 04.07.94. não disciplina a matéria.

79É controversida a natureza jurídica dos Territórios, havendo acórdão do plenário do STF, que lhes atribui natureza *sui generis* (RTJ, 90/427). Integrantes da União (Const. 88, ari 18, ~ 20), não constituem pessoas jurídicas de direito público. Consideradas "unidades descentralizadas da administração federal" pelo Decreto-lei n0 411, de 08.01.69, que dispôs sobre sua administração, são, para fins processuais, *pessoas formais,* podendo, dessarte, figurar no pólo ativo ou passivo do processo judicial, ou nele intervirem como terceiro, representados por seus procuradores, se houver, ou, não existindo, pela Advocacia-Geral da União.

80A representação judicial do município se fará na conformidade da sua lei orgânica, referida no ari 29 da Const.

88. Omissa esta, incide o ari 12, II, do CPC.

Nem se há de pensar que a nova lei pretendeu isentar das tão exigentes formalidades da advocacia os cidadãos nomeados prefeitos, ou eleitos para tal cargo. O legislador não atendeu a que a diferença entre órgão, para função ordinária, e órgão, para função judicial, ou entre representação material e representação processual existe, e a que ela existe, *afortiori,* entre aquela e a postulacional. Em verdade, apenas quis deixar o *branco.*

7. Autarquias O Código de Processo Civil não falou das autarquias. São instituições paraestatais ou estatais com certa independência ou heterogeneidade, ficando a função de órgão e a representação regidas pelos princípios gerais de toda agremiação a que se emprestou, ou se reconheceu, personalidade jurídica: a sua lei é que resolve todos os problemas, e não o direito processual. Pode bem

ser que a lei não lhes dê a personalidade jurídica, e no entanto lhes conceda ação ou defesa emjuizo, ou simplesmente o direito ou o direito e o dever de oficiar, em nome de alguma das Unidades políticas da República.

(a) Se têm personalidade jurídica, têm a capacidade de ser parte, e não a de estar em juízo;~' *(b)* se não têm personalidade jurídica, não têm aquela nem essa; salvo *(c)* se a lei lhas conceder. Quando ocorre o caso *(b),* há de entender-se que é o Estado a que se colam, ou de que espontam, que tem a pretensão à tutela jurídica para todos os interesses delas. Se exercem atos de comércio *(d),* podem ser sociedades irregulares, e então têm capacidade de ser parte e capacidade de estar em juízo.

Se alguém é órgão da pessoa jurídica, seja de direito público, seja de direito privado, depende da lei que rege essa própria pessoa jurídica.

Tratando-se de pessoas jurídicas de direito público previstas na Constituição, é preciso que se atenda à Constituição e à lei feita de acordo com a Constituição. Se estadual, a lei há de ser a lei estadual (Constituição estadual e lei ordinária estadual). Se municipal, a lei a ser observada é a lei estadual (Constituição estadual ou lei orgânica dos Municípios e lei municipal). Se distrital ou territorial, a lei é a lei orgânica do Território ou a lei orgânica do Distrito Federal.

Tratando-se de pessoas jurídicas de direito público não previstas na Constituição, a lei feita de acordo com a Constituição federal, ou com a Constituição estadual, ou a lei orgância é que se há de observar.

81Parece que a afirmação feita em *(b)* esclarece que, em (a), o comentarista quis escrever: se têm personalidade jurídica, têm a capacidade de ser parte, e a de estar em juízo".

Se a mulher é ré, como o marido, *e.* g., se se trata de bens comuns, tem de ser citada. Se não no foi, não é *parte* no pleito. Não se confunda a necessidade dessa citação com a exigência do assentimento uxório ou material para litígios sobre imóveis. A falta da citação da mulher não há de ser tratada diferentemente da falta de citação do marido.

Quanto à citação em litígios, sobre bens particulares e outras espécies, veja notas

6)-8).

Advirta-se que o aU. 10 diz que o cônjuge somente necessita do consentimento do outro cônjuge para propor ações que versem sobre bens imóveis ou direitos reais sobre imóveis alheios. Se os bens imóveis são comuns, há litisconsórcio necessário e tem o juiz de ordenar ao autor que promova a citação do outro cônjuge (cf. ari 47 e parágrafo único).

6. Direitos reais sobre imóveis Quaisquer que sejam os direitos reais sobre imóveis, se tais direitos são comuns ou particulares, têm de ser citados os cônjuges. Se comuns, ambos teriam de ser partes; se particulares, a lei processual exige que sejam ambos litigantes, quer sejam autores, quer sejam réus. Se a ação é quanto a direitos reais sobre imóveis alheios e autor é o cônjuge, rege o aU. 10; se os direitos reais são sobre imóveis do casal ou de um dos cônjuges, ou sobre imóveis alheios, e um dos cônjuges é o demandado, o outro tem de ser citado.

No texto do ari 10, parágrafo único, 1, fala-se de ações reais imobiliárias. Ações, ai, está no sentido de direito material, ações que correspondem ao direito real e à pretensão real, tudo no plano do direito material.

Tem-se procurado dispensar o consentimento do outro cônjuge em se tratando de crédito com a garantia hipotecária, porque estaria na frente o crédito e não o direito real limitado de garantia. Se ação é de credor que não alega a garantia real, compreende-se que se não leve isso à discussão; *aliter,* se o alega, porque a ordem dos bens para a solução da divida é sem relevância, porque o interesse jurídico começou com a propositura da ação.

7. Atos praticados pelos cônjuges ou fatos que os atinjam Se o fato jurídico licito ou ilícito, ou o ato-fato jurídico lícito ou ilícito, ou o ato jurídico estrito senso, ou o negócio jurídico, concerne aos cônjuges, e não a um só, a citação há de ser dos dois. Pode a ação ser por fato de adjunção, mistura ou confusão, ou aquisição de propriedade pela percepção de frutos ou pela pendência de frutos, ou pelo perecimento do objeto de um direito, ou de retirada de bens móveis que guarnecem um prédio (fatos jurídicos estrito senso), ou responsabilidade de ambos em caso de força maior ou caso fortuito (fato jurídico ilícito), ou pelo mau uso de bem imóvel ou móvel, ou tomada de posse por ambos, com violação da posse de outrem, gestão de negócios por ambos contra a vontade presumível

ou manifestada do dono, ou ofensa à boa-fé no trato por ambos de negócios alheios (atos-fatos ilícitos), atos lesivos de que foram autores ambos os cônjuges (atos ilícitos estrito senso), ter havido tradição de posse aos cônjuges, ou ocupação, especificação, feitura de livros, quadros ou escultura, invenção ou descoberta científica pelos dois, ou imposição de nome ou pseudônimo pelos dois, ou pagamento feito ou recebido pelos dois (atos-fatos jurídicos), fixação ou mudança de domicilio pelos dois, gestão de negócios ou restituição de penhor, pelos dois, quitação dada pelos dois (atos jurídicos estrito senso), ou, pelos dois, denúncia, outorga de poderes, autorização, assentimento a ato de outrem, entrega de posse, derrelição, constituto possessório, renúncia de propriedade imóvel, *cessio action is*, promessas unilaterais pelos dois, contratos (negócios jurídicos).

No ari 10, parágrafo único, 1, há necessariamente co-proprietário (lato senso), de modo que são necessariamente sujeitos passivos. Pode ser que a titularidade haja ou não resultado do regime matrimonial, como se casados sob regime de separação de bens adquiriram em comum o direito real. As ações reais imobiliárias não são somente as ações de propriedade (domínio e direitos reais sobre imóveis alheios), mas sim elas e as ações possessórias.

Quanto ao ari 10, parágrafo único, II, também se supõe haja comunhão na atividade ou mesmo na ocorrência (“fatos”). Por exemplo: a pedra da parte alta do terreno (ou parte do telhado danificou o terreno ou o prédio vizinho (“fato”); o cônjuge, que é dono ou que não é dono da casa e nela reside, pôs fogo perto de um bujão que explodiu e causou danos a alguma pessoa ou algum bem alheio). No aU. 10, parágrafo único, II, fala-se de “fatos que digam respeito a ambos os cônjuges ou de atos praticados por eles”: ali, há alusão a ambos os cônjuges; aqui, a interpretação que exige-se ser de ambos o ato seria demasiado restringente, pois o que se há de considerar pressuposto necessário é que possa haver litisconsórcio passivo. Se não há base para se estender ao outro cônjuge a responsabilidade, a obrigação, não se há de pensar no ari 10, parágrafo único, II, como, por exemplo, se o marido estava guiando o automóvel que atropelou alguém, ou bateu noutro carro, ainda que a mulher estivesse com ele.

Quanto ao ari 10, parágrafo único, III, a explicitude afasta dúvidas: a divida do marido há de ser com finalidade de favorecer a família *(e. g.*, compra de gêneros alimentícios e outros produtos para a casa) e poder levar à execução de bens particulares (não comuns) da mulher ou bem oriundo do seu trabalho. No ari 10, parágrafo único, IV, volve-se às ações relativas Pergunta-se:se, no momento da

propositura da ação pelo locatário, a pessoa, que recebia, foi substituida por outra, quem há de ser citado? A pessoa que deixou de ter o encargo de receber os aluguéis nada mais tem de atender. Quem toma o lugar dela, sim. Surge outra questão: se há administrador de imóvel e outra pessoa que recebe o aluguel, a representação é pelo administrador ou pelo recebedor do aluguel? No Código de 1939, ari 163, *§* 20, dizia-se que seria citado o locador "na pessoa do administrador do imóvel *ou* do encarregado do recebimento dos aluguéis". No texto de 1973 apenas se fala de ser citado o locador "na pessoa do administrador do imóvel encarregado do recebimento dos aluguéis". Sobre isso, veja comentários ao ari 215, *§* 20.

Pergunta-se: a citação permite que o citado, em lugar do locador ausente, conteste? Seria nocivo que se interpretasse o ari 215, *§* 20 como regra jurídica de representação passiva parcial, isto é, só para a citação, e nada mais. Ao falar-se da citação, no ari 213, que está logo acima, diz-se que é "ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado, a fim de se defender". Não se cita representante que não possa defender o representado: seria representar sem representar; citação é para o réu defender-se e angularizar-se a relação jurídica processual.

2. Órgãos das entidades de direito constitucional Lei para todo o país, o Código de Processo Civil alude à prática geral da legislação federal brasileira, que atribui aos procuradores a função de órgão de *presentação processual na União.* 72 Trata-se de simples remissão ao direito público material, que criou e regulou a função desses procuradores. Havendo interesses federais que não cabem na função dos procuradores da República, acertado foi que o legislador só se referisse, em geral, a "procuradores". Assim, quem quer que procure pela União, ainda que não seja "procurador da República", está incluído na primeira proposição do ari 12. Observe-se que o ari 13, ao falar das nulidades, não se referiu especialmente ao ari 12, 1 e II. Se não existe lei especial que estabeleça a nulidade, ter-se-á de seguir o principio geral. Pode ser que a lei especial exclua, expressamente, o suprimento da falta, a repetição do ato e a possibilidade de ser posta de lado quando o juiz puder decidir do mérito a favor da União.

72Conforme o ari. 131 da Const. 88, a Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de úrgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente. Nos termos do

*30, na execução de dívida ativa de natureza tributária, a representação da União

cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei. O ari 129, IX, veda ao Ministério Público a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

O Procurador-Geral da República e os demais Procuradores da República são órgãos da União, por força da Constituição.73

A lei ordinária não pode retirar a função processual de tais Procuradores da República. Se há autarquia federal, tem ela os seus procuradores, órgãos ou representantes, ou advogados, com a função fiscal da Procuradoria da República, salvo se se perfaz o litisconsórcio (cf. 1a Turma do Supremo Tribunal Federal, 24 de dezembro de 1952, *J. e D.,* 11, 64).

A presença dos Estados-membros em juízo é, segundo a Constituição, estadual, e as leis estaduais.74 Tem-se de perguntar se a Constituição estadual pode permitir que a lei atribua tal função a funcionário público que não seja, na terminologia mais corrente, o Procurador do Estado-membro. Tal funcionário procurador é, mesmo sem o nome típico.

O Procurador junto ao Tribunal de Contas não é órgão para postulação processual fora do Tribunal de Contas, salvo legislação especial.75

3. Estados-membros, órgãos e representantes Também a respeito dos Estados-membros, aos seus procuradores,76

mas anteponham-se a eles os seus advogados, uma vez que, sendo Unidades territoriais não-abrangentes de todo o Brasil, faltaria aos seus procuradores o caráter de procuradores do Estado-membro no território de outra Unidade componente da República. Pode ser alegada nulidade proveniente de qualquer defeito ou falta de poder de órgão ou de poder de representação dos Estados-membros, conforme as leis. Se não existe lei especial, inclusive regra da lei de organização judiciária, que estabeleça nulidade, seguir-se-a a regra jurídica do ari 243. Se lei especial comina a nulidade, é de invocar-se o ari 13, ou o ari 249, *§* 10, salvo se essa lei preexclui, expressamente, o suprimento da falta, a repetição do ato e a possibilidade de ser posta de lado quando o juiz puder decidir do mérito a favor do Estado-membro.

Os coletores são tidos por algumas legislações estaduais como procuradores,

ainda judiciais. O ari 12,1, não revoga essas regras jurídicas,77 nem O regulamento da Ordem dos Advogados, que o permita (4~ Câmara Civil 73Igualmente, o Advogado-Geral da União e os integrantes da instituição. Vd. a nota anterior.74O ari 132 da Const. 88 dispõe que a representação judicial dos Estados e do Distrito Federal será exercida por seus procuradores.75O ari 130 da Const. 88 estende aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas a vedação do ari 129, DC76Vd. o ari 132 da Const. 88.77Se existentes as regras aludidas no texto, revogou-as a Const. 88, como assinalado nas notas ante-flores.

DA CAPACIDADE PROCESSUAL

a imóveis, se está em exame algum ônus sobre o imóvel. No inciso 1, alude-se a ações “reais imobiliárias”; no inciso IV, a “ônus sobre imóveis”. Não se emprega o adjetivo “real”, de modo que se não confunda com o que consta do inciso 1. Se o marido ou a mulher assinou pré-contrato de venda de imóvel particular ou comum, ou apenas faz oferta de pré-contrato, o ônus, no sentido largo do inciso IV, existe, e, se ação tem por objeto declaração, constituição ou extinção de tal ônus, o outro cônjuge tem de ser citado.

Nas ações em que estão os cônjuges como demandados em se tratando de fatos que digam respeito a ambos, ou de atos praticados por eles, há litisconsórcio necessário, unitário. “Fatos”, aqui, são fatos em senso estrito, atos-fatos e atos, posto que, logo após, se alude a “atos praticados por eles”.

8. Dívidas contraídas por um dos cônjuges a bem da família O art. 10, III, exige a citação em se tratando de ações

“fundadas em dívidas contraídas pelo marido a bem da família, mas cuja execução tenha de recair sobre o produto do trabalho da mulher ou os seus bens reservados”. Compreende-se que se haja feito referência especial a essa hipótese, aliás na esteira do Código de Processo Civil de 1939, ari 81; porém havemos de entender que, se a divida foi contraída pela mulher “a bem da família” *(e. g.*, assumiu as despesas da internação do filho ou do marido, ou assinou nota promissória para não deixar de pagar no prazo o aluguel da casa em que moram, e a execução possa ser em imóveis comuns, ou produto do trabalho do marido, ou bens particulares dele), tem-se de invocar, por analogia, o art. l0, III.

9.Ônus sobre imóveis Há obrigações ligadas a direitos reais, principalmente a direitos reais sobre prédios. Fala-se, então, de ônus reais e de obrigações *propter rein.* De inicio, na investigação, o que se deve frisar é nada terem os deveres e obrigações *propter rem* com os deveres e obrigações que nascem por fora dos direitos reais, devido a *limites* ao conteúdo desses direitos. Os deveres correspondentes a direitos de vizinhança, que são *direitos limitativos,* não são deveres *propter rem.*

Alguns autores consideram direitos reais os *ônus reais.* Se recai sobre o bem, em seu conteúdo, o ônus, o titular do direito à prestação é titular de direito real, como o titular de direito hipotecário e de direito pignoraticio. Mas tal argumento é frágil. Não se viu que entre o bem e a prestação está a propriedade ou posse do bem. Não se levou em conta o sujeito passivo, que deve porque *está* com a propriedade, ou outro direito real, e a posse: com a transferência da propriedade, ou de outro direito real, ou da posse, não se exonera o devedor. Os ônus reais seguem o imóvel, ou o móvel, mas podem ser exigidos a um dos titulares e continuarem de ser exigidos a despeito da transferência do domínio ou do direito real limitado. Pense-se nas dívidas de impostos prediais. Assim, o que mais interessa saber-se é que o credor do ônus real pode exigir do proprietário atual do fundo as prestações vencidas e não pagas, podendo ou sem poder ir além do valor do bem (depende de lei especial), e pode abstrair do proprietário atual, *que vai deixar de ser,* e exercer a pretensão contra o proprietário que se lhe segue (o proprietário atual deixou de ser e proprietário atual é o adquirente). O ônus real é direito de crédito que consiste em direito a prestações ligadas ao bem, semelhantemente identicamente ao direito hipotecário. Semelhança não é identidade. Não se pode admitir a identificação, como está em Otto Wendt *(Die* Exceptio doli generalis *im heutigen Recht,* 400 s.) e Josef Kohler *(PfandrechtlicheForschungen,* 58 s.), Vicenzo Simonceili (DellaEnfiteusi, *II Diritto Civile Italiano,* 1, 417) e Vicenzo Polacco *(Le Obbligazioni nel Diritto Civile Italiano,* 61). A prática das legislações que atribuiam ação hipotecária a certas dívidas concorreu para a confusão. Não há direito real de garantia nos ônus reais; há concentrabilidade de execução forçada e privilégio. Quando se favorece o credor com a execução em algum bem, nem sempre se compõe direito real de garantia.

A renúncia liberatória pode existir, porém não é exercivel *a priori.* Depende da lei especial saber-se se, renunciando ao bem, o devedor se libera.

Tem-se de afastar tanto *a)* a concepção do ônus real como direito real de gozo, quanto *b)* a que o tem como direito real de garantia. *A fortiori, c)* a concepção que nele vê direito misto (real-pessoal), *tertium genus*, que não existe (direito real de conteúdo pessoal), medievalismo imprudente, que aparece em Alfredo De Luca *(Gli Oneri Reali e le Obbligazioni* ob rem, 34 s.; cp. Contardo Ferrmni, Obbligazioni, *Enciclopedia Giuridica Italiana*, 12, Partel, 384e 386).

O ônus real não é real como os direitos reais limitados; também grava o bem, mas apenas porque se liga à titularidade da propriedade ou dos direitos reais limitados ou da posse, para que dificilmente possam ser frustrados os adimplementos (= para que mais facilmente e eficientemente se executem as *dívidas).* É um dos expedientes com que a lei galardoa os credores. Não se confunda esse expediente com a constituição de garantia:

se o Estado, em vez de cobrar os impostos prediais, obtém hipoteca para garantia dos pagamentos, de modo nenhum lança mão de *bis in idem.* O expediente de direito público não é diferente daquele com que, nos séculos 1. Órgão e presentação Conforme temos sempre frisado, chamando atenção para as graves confusões que aparecem em leis e em livros, indiferentes à terminologia indispensável à expressão das leis e às exposições do direito, onde há órgão não há representação, nem procuração , nem mandato, nem qualquer outra outorga de poderes. O órgão é parte do ser, como acontece às entidades jurídicas, ao próprio homem e aos animais. Coração é órgão, figado é órgão, olhos são órgãos ; o Presidente da República é órgão ; o Governador de Estado-membro e o Prefeito são órgãos . Quando uma entidade social, que se constitui, diz qual a pessoa que por ela figura nos negócios jurídicos e nas atividades com a Justiça, aponta-a como o seu órgão, que pode *presentá-la* (isto é, estar presente para dar presença à entidade de que é órgão) e, conforme a lei ou os estatutos, outorgar poderes a outrem, que então *representa* a entidade. Quando o ari 12 do Código de Processo Civil diz que os seres sociais por ela apontados são “representados em juízo, ativa e passivamente”, pelas pessoas que menciona, erra, palmar-mente, sempre que não houve outorga de poderes e sim função de órgãos. Onde não se trata de órgão, caberia empregar a palavra “representação”, “representar”, “representante”, “representado”, não porém onde a participação processual, ativa ou passiva, é de órgão.

O Código de Processo Civil não se referiu às pessoas físicas, ditas naturais, e, rigorosamente, não precisava fazê-lo.

Todos os seres humanos podem ser sujeitos de direitos, pretensões e ações titulares, portanto, de tudo que o sistema jurídico considera atingível pela legitimação ativa. Quem, podendo ser titular, se faz de algum direito, pretensão ou ação, está munido do que o direito material cria, e diante da promessa, feita pelo Estado, de prestar a tutela jurídica vai a ele pedir que cumpra o que prometeu. O Estado, com as regras jurídicas de direito constitucional, judiciário e processual, aponta como os interessados têm de agir. O elemento precípuo é o exercício da ação de direito material, base do *petituni,* e o exercício do remédio jurídico processual. Com o ari 12, o Código de Processo Civil apenas mostra como se hão de *presentar* ou *representar* em juízo os que têm interesse na prestação da tutela jurídica. Nos arts. 70~l 1 já cogitou da representação das pessoas físicas. Quanto ao que a tais regras jurídicas escapava, redigiu o ari 12. Aí, aliás lamentavelmente misturou presentação e representação. Tinha de apontar espécies em que as circunstâncias como que encobrem ou revestem o que seria pessoa, física ou jurídica. *Presentação* há no ari 12, 1, II, VI e VIII (aqui, presentação ou mera representação, conforme o caso). Nas espécies do ari 12,111, IV e V, ainda não se sabe a quem se vão entregar os bens. Na espécie do ari 12, IX, atende-se a que aí surge a pluralidade de titulares, sem o mesmo bem. Na espécie do ari 12, VII, atende-se a que houve destinação subjetiva sem que ainda se haja chegado a criar quem seja o sujeito.

No ari 70 já se havia dito que “toda pessoa que se acha no exercício dos seus direitos tem capacidade para estar em juízo”. Nos arts. 877 e 878 tratou-Se da situação jurídica do nascituro (cf. Código Civil, ari 40: “A personalidade civil do homem começa do nascimento com vída; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”). Mas, em se tratar daquele assunto (posse em nome do nascituro), há a capacidade de ser parte, que se reconhece ao nascituro, em consequência da regra jurídica de direito material e da promessa do Estado no que concerne à tutela jurídica.

Além das espécies de que cogitou o ari 12, outras há em textos do próprio Código. No ari 215 diz-se que se faz a citação pessoalmente ao reu, ao seu representante legal ou ao procurador legalmente autorizado. No *§* 1’~, acrescenta-se que, estando o réu ausente, a citação se faz na pessoa de seu mandatário, administrador, feitor ou gerente, quando a ação se origina de atos por eles (isto é, por algum deles, ou alguns, ou todos) praticados. No * 20, apenas se estabelece: “O locador que se ausentar do Brasil sem cientificar o

locatário de que deixou na localidade, onde estiver situado o imóvel, procurador com poderes para receber citação, será citado na pessoa do administrador do imóvel encarregado do recebimento dos aluguéis." O ~ 10 abre exceção ao princípio da citação pessoal do réu; bem assim, o ~ 20. O réu citando há de estar ausente, isto é, a pessoa que está fora da circunscrição judiciária.

Além do pressuposto da ausência, há o de ligação da relação jurídica a algum ato da pessoa que tem de ser citada em lugar do réu: na espécie do ~ 1~, atos praticados pelo mandatário, administrador, feitor ou gerente; na espécie do ~ 2~, recebimento dos aluguéis pelo administrador do imóvel (aliás, pode tratar de futuro recebimento, como se o administrador, encarregado, ainda não recebeu qualquer aluguel). O ari 215, ~ 1~ e 20, pode atingir o réu pessoa física como o réu pessoa jurídica. Mais: a administração, com o recebimento de aluguéis, pode ser por alguma pessoa jurídica, uma vez que há pessoas jurídicas administradoras e pessoas jurídicas encarregadas de recebimento de aluguéis, inclusive bancos.

DA CAPACIDADE PROCESSUAL

passados, o senhor tomava mais eficiente a exigência de serviços, de obras e de frutos.

Um dos pontos principais que se apresenta quando se distinguem direitos reais, direitos pessoais, deveres e obrigações reais, deveres e obrigações pessoais, e *ônus,* é o de atendimento à relação jurídica. Quase todos os ônus resultam de deveres para outrem, de modo que, por exemplo, a dívida ao Fisco, por impostos, taxas ou contribuições, é irradiação de relação jurídica com a entidade estatal ou paraestatal. O pagamento é adimplemento de divida e atendimento ao ônus, que se criou perante terceiros.

Por outro lado, se alguém promete vender prédio ou qualquer outro bem e, como proprietário, é devedor de tributos, tem o ônus de efetuar os pagamentos para poder assinar a escritura pública ou particular. Se, porém, o sistema jurídico contém, a respeito, regra jurídica que para o ato exija algum adimplemento de divida, ou qualquer outro ato, tal exigência é ônus, a despeito da existência da divida perante a entidade estatal ou paraestatal, mas a promessa de vender e de transferir a propriedade e a posse faz *obrigação* qualquer ato de que depende o negócio jurídico de transmissão da propriedade e da posse, ou só da propriedade,

ou só da posse.

No art: 10, parágrafo único, IV, o assunto pode ser já conteúdo do parágrafo único, 1, porém há espécies que a isso escapam ao simples reconhecimento do ônus sobre imóvel de um ou de ambos os cônjuges e à simples extinção.

Sempre que a pretensão e a ação concernem à constituição de ônus, o inciso IV tem de ser invocado.

Em qualquer ação que deva ser proposta contra os dois cônjuges, a eficácia da sentença depende da citação de todos os litisconsortes no processo (art. 47). Se houve omissão de citação, tem o juiz de determinar de oficio, que cite o outro cônjuge, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo (ari 47, parágrafo único).

10. Suprimento do assentimento No direito civil trata-se do suprimento da outorga uxória, estabelecendo-se que ao juiz cabe supri-la quando denegada: por "motivo justo", ou por ser "impossível dá-la". Também o assentimento marital é suprivel. E de notar-se que o Código de Processo Civil de 1939 se referia à negação do assentimento, sem qualquer alusão à impossibilidade de ser dado. Ora, para não miudearmos casos que pertencem ao direito material, bastaria que nos lembrássemos daquele em que o cônjuge, a quem compete autorizar ou assentir, está ausente, sem meios de lhe ser pedida, ou de chegar a tempo a declaração de vontade. Tudo isso merecia exame, não para se repetir a matéria de direito civil, e sim para se ajustarem os textos do Código Civil e do Código de Processo Civil.

De inicio, observamos que esse desprezava ouso da palavra "autorização", para por, indistintamente,

"consentimento", referindo-se a ambos os cônjuges. Teria sido proveitoso para a uniformidade da terminologia legal proscrever-se, de vez, a diferença designativa do assentimento da mulher e do assentimento do marido, dito

"autorização". Ambos, em verdade, apenas "assentem". Infelizmente, o Código de Processo Civil de 1973 volveu ao erro de 1916.

11. Suprimento judicial, motivo justo, ou impossibilidade O Código Civil de

1916 falou de “motivo justo”, de modo que, não o havendo, cabia ao juiz suprir a outorga da mulher. O Código de Processo Civil de 1939 estatuiu que o juiz podia suprir o assentimento “depois de ouvido o recusante e provada a necessidade ou conveniência da demanda”. Exame superficial diria que essa regra jurídica derrogou a regra da lei civil. Prestando-se atenção a que se estava no plano processual e não mais no plano de direito material, fácil era ver-se que a denegação sem motivo justo envolve apreciação da necessidade ou conveniência da demanda. O legislador processual pretendeu ser mais explícito, tendo em vista a imediata função do juiz. Esses contatos do direito material e do direito formal são inevitáveis, devido à natureza mesma do processo, que é a de realizar o direito objetivo. Se algum juiz, ao decidir sobre o suprimento judicial, raciocinasse com o conceito da falta de motivo justo, de modo nenhum se afastaria do direito processual civil. Se não há necessidade da demanda, ou, pelo menos, se ela não é conveniente, justo motivo há para que o outro cônjuge denegue o assentimento. A rigor, o conteúdo de um conceito é conteúdo de outro. O

que o juiz não pode é entrar em análises que importem prejulgamento da causa: se é o mesmo juiz que a tem de julgar, pela competência cumulativa que lhe dá a lei de organização judiciária, expõe-se a que os cônjuges se mancomunem, alegando a denegação de assentimento, a fim de saberem qual a opinião do juiz da causa a propor; se o juiz nao e o mesmo juiz que tem de julgar a causa, então o seu conselho (que tanto vale examinar matéria) pode não coincidir com a convicção, quer sobre o ponto de direito, quer sobre o ponto de fato, do outro juiz, futuro prolator da sentença.

Nos de 1939 fizemos ressaltar o defeito de se não ter aludido à impossibilidade do assentimento. O ari II do Código vigente foi explícito: “...quando um cônjuge a recuse ao outro sem justo motivo, ou lhe seja impossível dá-

la” (autorização ou outorga = consentimento).

(Arts. II e 12)

Se há necessidade do consentimento do outro cônjuge para a propositura da ação que versa sobre bens imóveis ou direitos reais sobre imóveis alheios, pois que não a propõem conjuntamente, o cônjuge que quer propor precisa do consentimento. Se o outro cônjuge se recusa a consentir, tem-se de pedir o suprimento judicial.

A falta do consentimento, dito autorização ou outorga, pode ser de recusa do outro cônjuge ou ser impossível obtê-

lo (ari 11: "quando um cônjuge a recuse ao outro sem justo motivo, ou lhe seja impossível dá-la"). De ordinário, o justo motivo para a recusa consiste em ser a ação de grandes despesas para o casal, delicada posição diante de demandado, que é parente, ou amigo, ou ser desaconselhável, como, por exemplo, ser pouco provável a vitoria. O

juiz não tem de ir até a apreciação da petição inicial ou dos fundamentos, mas pode bastar o que o outro cônjuge alega. Advirta-se, porém, que pode o próprio juiz achar que falta fundamento à propositura da ação, se há evidência.

Quanto à impossibilidade do consentimento, há a hipótese de estar ausente em lugar ignorado o outro cônjuge, ou, mesmo, inacessível no momento; a de ser prejudicial à propositura da ação o retardamento em se obter o consentimento *(e. g.*, a ação tinha de ser proposta imediatamente, pela urgência das medidas); a de estar gravemente enfermo o outro cônjuge e não poder escrever. Se está pendente a ação de interdição, pode o estado da denúncia bastar ao suprimento, se há urgência. Dá-se o mesmo com o preso que está incomunicável.

Se os bens são comuns, o litígio sobre eles ou sobre direitos a eles estabelece *litisconsórcio necessário unitário.*

Citado o marido, a citação da mulher impõe-se. Citada a mulher, a citação do marido impõe-se. Se o marido vai pleitear, o juiz tem de integrar a postulação, porque há litisconsórcio ativo necessário unitário. Não é caso de suprimento de assentimento. É caso de integração subjetiva. Veja *Tratado de Direito Privado,* Tomo VIII, *§§ 851,* 3, 849, 3, e 853,3.

12. Falta de suprimento Se não houve pedido de suprimento judicial, ou se não o deferiu o juiz, se necessário o assentimento do cônjuge, há nulidade do processo *ex tunc.* Se a necessidade do assentimento foi superveniente *(e.*

g., uma das partes se casou), a nulidade é só *ex nunc.*

Quanto às expressões “autorização” e “outorga”, temos de lamentar que se tivessem posto no Código de 1973, como se se quisesse pôr em evidência que se distinguem, mesmo em se tratando de atos idênticos, as comunicações de vontade do homem e as da mulher.

No ari 11, parágrafo único, diz-se que a falta, não suprida pelo juiz, quando necessária, invalida o processo. No Código de 1939, ari 84, também se acentuava serem nulos os atos realizados com preterição de tal exigência. Não se diga que a referência à invalidade é inadequada, porque se terá de julgar extinto o processo como se ir ao mérito (ari 267), pois a sentença, aí, é exatamente a que verifica a ausência de pressuposto de constituição (faltou o consentimento) e o desenvolvimento não foi válido (ari 267, IV).

Ari 12. Serão representados 1)11) *em juízo* 12) *ativa e passivamente: 1 a União* 2)7), *os Estados* 3), *o Distrito Federal* 14) *e os Territórios, por seus procuradores* 5); *11o Município, por seu Prefeito ou procurador* 6)

III a massa falida 8), *pelo síndico;*

IV a herança jacente ou vacante, por seu curador lO) *o espólio, pelo inventariante9);*

VIas pessoas jurídicas, por quem os respectivos estatutos designarem, ou, não os designando, por seus diretores 3) *VII as sociedades sem personalidade jurídica, pela pessoa a quem couber a administração dos seus bens* 14) *VIII a pessoa jurídica estrangeira, pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil (ari 88, parágrafo* único)’5); *IX o condomínio, pelo administrador ou pelo síndico* 16)

~JO Quando o inventariante for dativo, todos os herdeiros e sucessores do falecido serão autores ou reus nas ações em que o espólio for parte 7)

~S *20As sociedades sem personalidade jurídica, quando demandadas, não*

poderão opor a irregularidade de sua constituição IX)

DA CAPACIDADE PROCESSUAL

personificou a entidade, pois não há óbice a que pessoa jurídica estrangeira seja com a finalidade de operar noutro Estado e ai se instale.

Quanto a entidade que foi criada no estrangeiro, como a que foi no Brasil, e não se personalizou, tem de ser tratada no Brasil como as de que cogita o ari 12, VII. Aí, de modo nenhum se aludiu a serem brasileiras as sociedades; das pessoas jurídicas estrangeiras só cogitou o inciso VIII. A personalização é que lacra a nacionalidade. Tampouco se há de apurar onde, como e quando ocorreu a criação.

A futura pessoa jurídica, sociedade ou fundação sem personalidade, pode estar ainda sendo constituída (= em formação). Outra espécie é a da união ou fusão das entidades ainda não personificadas.

É possível mesmo que exista um patrimônio cuja destinação é a de se criar entidade que se personifique. A pessoa jurídica só existe se alguma entidade, seja sociedade, ou seja fundação, ou outro elemento para ser personificado *(e.*

g., instituto, hospital de caridade, asilo) se personifica. Falar-se de pessoas jurídicas não-personificadas é absurdo.

Só há personificação se se conferiu a alguma entidade pessoa jurídica. Dai ter o Código Civil, ari 18, falado de existência *legal* das pessoas jurídicas: “Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição de seus contratos, atos constitutivos, estatutos ou compromissos no registro peculiar, regulado por lei especial, ou com a autorização ou aprovação do Governo quando precisa”. “Termina a existência da pessoa jurídica pela sua dissolução” (ari 21).

Enquanto não nasce um ser humano, que já foi concebido, o sistema jurídico vela por seu interesse, como se já tivesse nascido. *Nasciturus pro iam nato habetur, si de eius commodo agitur.* O feto, como sujeito de direito, ganha e perde. Não se diga que, assim, já *existe* a pessoa física, como a futura pessoa jurídica, O nascituro já tem vida e seus interesses têm de ser protegidos; mas, se

sai do ventre sem vida, não nasceu, nem legalmente existiu.

Enquanto não se personifica alguma entidade (nem sempre se trata de sociedade, se bem que só à "sociedade sem personalidade jurídica" se refira o ari 12, VII do Código de Processo Civil), tem-se de levar em consideração, como se levam no tocante aos nascituros, os interesses (direitos, pretensões e ações), que já se inserem no seu ser. Não há existência *legal* (Código Civil, ari 18), mas o que há tem tratamento igual ao da pessoa jurídica, e assim à semelhança do nascituro. Não se fale de antecipação, nem de ficção da pessoa jurídica.

Podem surgir algumas situações dignas de exame. Por exemplo: A destinou alguns bens, em vida ou a causa de morte, para a fundação a ser criada ou já criada mas ainda não personificada, e outra pessoa, B, que pode ser o cônjuge de A, fez o mesmo quanto a alguns bens, e, a pessoa a quem couber a administração de tais bens é quem a representa. Isso não afasta a hipótese de alguma cláusula que tenha separado alguns poderes, o que depende de preciso exame.

Se não se criou a entidade, mas A e B ou A, B e C, ou muitas pessoas físicas ou jurídicas, podem unir-se e proceder como se associados fossem e de modo nenhum pretendam criar sociedade ou outra entidade. Nem sempre se pode pensar em sociedade de fato. O que pode ocorrer é que haja, verdadeiramente, administrador, mas aí o assunto é para verificação dos poderes a ele outorgados. Se as circunstâncias não permitem que se pense em sociedade de fato, tem-se de abstrair direitos.

Pode ocorrer que encarregada da administração a que alude o ari 12, VII, não seja pessoa física. Nada obsta a que o administrador seja pessoa jurídica. Não é necessário que se trate de junta, de comissão, ou dirigentes escolhidos. Se isso acontece, a entidade que administra é o grupo (pluralidade de administração em comum). As vezes, o administrador é o inventariante, e aí ele exerce a função que lhe confere o ari 12, VII. Tudo isso éassunto para rigoroso exame pelo juiz.

Quanto às sociedades irregulares, a *posteriori*, tinha-se de recorrer ao direito material em cujo âmbito se formou a sociedade irregular, ainda que a determinado ramo do direito interno brasileiro, como o civil e o comercial. Nem o Código de Processo Civil poderia estabelecer regra jurídica geral, salvo se pretendesse derrogar todas outras leis sobre sociedades, expondo-se, por vez, a que outras posteriores o derrogassem. *A priori,* a sociedade irregular existe sem

que os laços associativos se perfizessem, tal como a lei o exige. Em vista disso, é possível que acione ou seja acionada desde que, para a entrega da prestação jurisdicional pelo juiz, o contrato social ou a validade desse contrato não esteja em causa. Tais sociedades têm capacidade de ser parte; são capazes processuais, de modo que elas o são e seria de repelir-se que as sociedades regulares, não-personificadas, *ativamente,* não o fossem. (O.

Pisko, *Lehrbuch, 355;* Rudolf Pollak, *System,* 132). Veja *Tratado de Direito Privado,* tomo 1, § 83, *5-7.*

Hoje, o ari 12, VII, do Código de Processo Civil diz que as sociedades sem personalidade jurídica são

"representadas" pela pessoa "a quem couber a administração dos seus bens". Desde logo é de advertir-se que a administração dos bens pode caber a uma ou mais pessoas. Tem-se de pensar em mera atribuição de poderes, e não de existência de órgão ; de modo que, aqui, a expressão "representação" está certa.

A representação é tanto ativa como passiva; de modo que a pessoa a quem cabe a administração dos bens da sociedade sem personalidade jurídica a representa como parte-autora e como parte-ré. Os arts. 46-80 são aplicáveis.

Pode ser autora, litisconsorte, opoente, ou outra figura processual. Quem é o administrador responde o que há escrito a respeito, ou até mesmo o que os constituintes da sociedade de fato apontaram como administrador, ou mesmo o que, na falta dos elementos acima referidos, resulta da atividade exercida pela pessoa como administrador dos bens destinados à sociedade, ainda não personificada. Mais fácil éo que ocorre nas espécies em que a sociedade não personificada tem de ser representada como autora. É de entender-se que, na petição inicial, mostrou a fonte e os dados para ser tida a pessoa como representante da sOCiedade não personificada. Na petição inicial, tem o administrador de dizer o nome e o domicilio da sociedade, bem como o seu nome, o seu domicílio e os elementos que provam ser o administrador dos bens da sociedade não personificada.

15. Filiais, sucursais e agências As empresas industriais e comerciais, inclusive os bancos, criadas e personificadas no estrangeiro, que precisam de funcionar no Brasil, fazem-no ou com a criação ou exportação das *filiais,* ou das *sucursais,* ou

das *agências.* Os três conceitos (filiais, sucursais e agências) são inconfundíveis.

No Código de 1939 não havia o que se inseriu no ari 12, VIII, do Código de 1973, razão por que surgiam dificuldades oriundas de leis estrangeiras ou de estatutos de entidades estrangeiras não atribuirem presentação nem representação a administradores e gerentes de filiais, agências ou sucursais. Hoje, bastam a alegação e a prova de haver gerente, representante ou administrador. Entenda-se: representante ou presentante.

Caracterizando a diferença entrefihial *e sucursal*, dissemos no *Tratado de Direito Privado,* Tomo XV, § 1.824, 1:

"A projeção da empresa pode ser por intermédio de *outro* estabelecimento, *secundário,* que atende à clientela mais distante, ou à clientela especial. O outro estabelecimento pode ser correspondente a outra pessoa física ou jurídica, ou não (sucursal, agência). As sucursais chegam ao auge com os *chain-stores* dos Estados Unidos da América, que são mais da terça parte do comércio daquele pais. A sucursal pode ser personificada ou não, mas é preciso que haja a unidade de empresa, ou, pelo menos, a subordinação patrimonial à empresa central. É preciso que se não confundam *afilialidade* e a *sucursalidade.* Filial é estabelecimento-filho, portanto *independente;* sucursal é estabelecimento ligado, talvez embrião de filial futura, porém, de qualquer maneira, atualmente aderido. O

patrimônio é único; única, a empresa: apenas, em vez de pôr os

empregados a vender nas ruas, ou casas, ou em viagens, localiza-os alhures, sucursalmente. O empregado da sucursal tem mais liberdade de movimentos do que os empregados que vão e vêm, mas é o centro que dá a medida dessa liberdade e seria errôneo atribuir-se a ela característica da sucursal, inclusive quanto à contabilidade. O

elemento "localização alhures" (= instalação material distinta) passa à frente; dando a especialização, especial ou não, da clientela. Sem clientela não há sucursalidade: o entreposto, a fábrica, a usina, que se ergueu como corpo secundário, não é sucursal. Cria-se sucursal para se servir ou criar clientela".

A filial é *juridicamente autônoma,* a despeito de laço de filiação que a submete,

em medida variável, à vontade da empresa-mãe. A sucursal tem *autonomia relativa,* e não é, necessariamente, *outra* pessoa jurídica. A filial tem, sempre, a personalidade jurídica, porque, se não se personalizou, de empresa-filha ainda não se pode falar. Seria como nascituro.

A técnica legislativa tem-se firmado no sentido de nenhuma exigência se fazer para que pessoa jurídica estrangeira conclua negócios jurídicos no país. Há a importação da personalidade jurídica (nosso "La Création et la Personnalité des Personnes Juridiques", *Mélanges* Streit, 621 s.). Para a sediação mesmo secundária a lei interna acertadamente cria pressupostos formais e de conteúdo, inclusive de capital. Se a empresa estrangeira, que deseja ter estabelecimento sediado no país, criou personalidadejurídica para ele, tal estabelecimento é necessariamentefilial, como ocorre se o quis com personalidade jurídica (e talvez nacionalidade) adquirida no pais de importação da entidade *criada e ainda não personificada.* Sempre que a personalidade jurídica é própria do estabelecimento transplantado, não se pode pensar em sucursal, mas sim em filial. A exigência da personificação do estabelecimento sucursal pode ser pressuposto de direito público, por parte do Estado da sede secundária. Mas tal elemento não é essencial à sucursal.

A *filial* não é dependente. Na definição mesma de filial, tem-se de aludir à sua independência, *quaisquer que sejam as espécies de filiais.*

A firma individual pode ter filial sociedade. A sociedade por ações, ou outra sociedade, pode ter como filial firma individual.

A empresa há de ter atividade exterior para que viva, inclusive sem ser com a só irradiação dos seus órgãos. A *filial* é independente, mas em relação finalística com a empresa central, a *matriz.* Há a empresa-mãe e a empresa-filha. A filial tem independência, de jeito que opera com liberdade, embora haja de respeitar regras estatutárias comuns, ou especiais às filiais, ou à filial. A sucursal é para socorrer, ajudar, no lugar distante; e abaixo dela está a *agência,* que depende da matriz, no que a sucursal, se há, depende,

e da sucursal, para que *age.* (As Caixas de Desconto, que o primeiro Banco do Brasil teve, conforme a Carta de lei de 16 de fevereiro de 1816, eram *filiais.* Bem assim, as Caixas filiais do segundo Banco do Brasil; cf. Decreto n0 1.040, de 6 de setembro de 1852. J. X. Carvalho de Mendonça confundia,

gravemente,filial, *sucursal e agência.)*

Ser filho e, pois, ser *filial* não é ser órgão, nem instrumento. Há controle, mas sem se preexcluir a independência.

Pode-se criar a filial com a cisão do patrimônio da sociedade-mãe, ou por aumento de capital (cisão preestabelecida), ou por subscrição à parte (= especial para filial). Pode-se mesmo transformar em filial outra empresa, o que pode fazer mais antiga a filha do que a mãe. Juristas têm chamado atenção para isso.

Desde que a empresa não se contenta com exercer somente no lugar da sede a sua atividade, ou há de ter *a)* filial; ou *b)* sucursal; ou *c)* agência; ou *d)* entrar em contrato de agência, ou *e)* de representação de empresa. Todos esses operantes são empresas secundárias, quer sejam pessoas físicas, quer sejam pessoas jurídicas.

A filial supõe independência, embora a empresa se sujeite a plano, programa e regras estatutárias, que *afiliem.* A sucursal, instituição que vem da Idade Média, não. No século XIX, as sucursais pulularam, inclusive no que se refere ao comércio a retalho, mas principalmente ao de gêneros alimentícios, e de sapatos (cf. Gilles Normando e Roger Ficard). Os *chainstores* dos Estados Unidos da América tornaram-se de enorme importância, quase a metade do total do comércio (cf., para 1939, A. Buttner, *L'Abaissement du prix de revient dans le commerce à detail*, 103).

No Brasil, segue-se pelo mesmo caminho. A sucursalidade atinge o patrimônio da empresa, quer a empresa seja de pessoa física, quer seja de pessoa jurídica. A fidelidade, não. Não importa se a sucursal tem contabilidade própria, pois isso só se passaria interiormente. A falência ou outro concurso de credores, inclusive a liquidação coativa, apanha a sucursal ou as sucursais, como apanha as agências.

Entre a pessoa jurídica matriz e as filiais, que são pessoas jurídicas com toda a independência formal, pode existir identidade econômica, ou não existir, mas essa identidade é *fática,* pela quantidade, por exemplo, das ações de que a pessoa-mãe é dona, ou apenas portadora para o exercício do voto e o controle da direção.

Se a chamada filial não tiver personalidade jurídica, falta o elemento de

independência formal, e é de sucursal, ou de agência, que se trata. Quase sempre, por isso mesmo, as leis só se preocupam com o registro e os poderes das sucursais, dos estabelecimentos-ramos, *Zweigniederlassungen,* porque, quanto a esses, não têm, de regra, personalidade própria, é necessário que explicitamente se exija o registro. A filial tem de fazê-lo, porque tem de personificar-se; talvez mesmo já o tenha antes da empresa-mae.

A filial tem o laço com a empresa-mãe, porém esse laço é de ordem financeira prática, pela participação que à empresa-mãe se reconhece, ou resulta das suas ações ou quotas. A empresa-mãe pode ser mais jovem do que a filial; e a filial pode ser ligada a duas ou mais empresas-mães (Joseph Hamel e Gaston Lagarde, *Traité de Droit Commercial,* 1, 899: "Une filiale est une société juridiquement indépendante mais pratiquement placée sous la direction ou le contrôle étroit d'une société m~re. L'indépendancejuridique se manifeste par une personnalité morale distincte (dénomination, siêgle sociale, organes, parfois forme et nationalité des deux sociétés sont différents ou séparés").

Quanto ao capital destinado às operações no território nacional, o sistema jurídico brasileiro tutela os interesses nacionais com quatro princípios: *a) o princípio de decretabilidade da falência da empresa estrangeira, desde que tenha sede no Brasil:* se se trata de *filial,* a sede é própria da filial; se se trata de sucursal, agência ou escritório, a sede é sede secundária do estabelecimento principal; daí, a redação que se deu ao ari 70 do Decreto-lei n0 7.661, de 21 de junho de 1945; *b) o princípio da ineficácia das sentenças estrangeiras homologadas, quanto a estabelecimento que haja no Brasil; c) o princípio geral da exigência de aprovação estatal de quaisquer atos constitutivos de filiais, de sucursais, de agências, ou de outros estabelecimentos* que venham sediar-se, secundariamente, no Brasil (Decreto-lei n0 4.657, de 4 de setembro de 1942, ari 11, § 10) *e da autorização para funcionar* (por exemplo, em se tratando de sociedades por ações, ou companhias estrangeiras); *d) o princípio especial aos bancos estrangeiros, de patrimônio separado de qualquer sucursal ou agência ou outro estabelecimento dependente* (Decreto n0 14.728, de 16 de março de 1921, ari 18).

As filiais têm, sempre, personalidade jurídica. Se alguma filial ainda não a tem, isso somente pode ser porque está apenas em formação, ou foi nulo o seu registro, ou foi nulo outro ato exigido para a aquisição da personalidade. O

laço entre a filial e a empresa-mãe consiste em *laço de direção,* ou *em laço de participação em cotas,* ou *em ações,* ou *em todo o capital* (filial empresa individual).

Não se pode confundir a situação jurídica das *filiais* com a situação jurídica das *sucursais* e das *agências.* Basta prestar-se atenção às menções às três espécies para se ver que muitos *caem* em grave confusão. A *filial* é independente; a *sucursal* não no é, nem a *agência.* Por outro lado a afirmação, que alguns fizeram, de que a filial não é pessoajuridica evidencia que não se precisou o conceito. A filial é, expressivamente, "sociedade juridicamente independente mas praticamente posta sob a direção ou o controle restrito de sociedade-mãe" (Joseph Hamel e Gaston Lagarde, *Traité de Droit Commercial,* 1, 499).

Os bancos estrangeiros estão sujeitos à incidência de todos os quatro princípios. O ari 18 do Decreto n0 14.728 não se referiu às filiais, porque essas têm sede própria, e não secundária, por serem, por definição, *independentes.*

O que se tem por assente quando algum instituto de crédito cede ou transfere cota no fundo de empresa, ou no próprio capital, por ter *filial,* é que há sucessão a título particular de todos os diretores e deveres de instituto originário de crédito. Ou há transferência de parte do fundo de empresa, ou de algum ramo (Enrico Colagrosso Giacomo Molle, *Diritto banca rio,* 57, s.).

As organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, obedecem à lei do Estado em que se constituírem. E princípio de direito internacional privado. "Não poderão, entretanto, ter no Brasil filiais, agências ou estabelecimentos, antes de serem os atos constitutivos aprovados pelo governo brasileiro, ficando sujeitas à lei brasileira". A aprovação é para o funcionamento. Tratando-se de filiais, a personalidade jurídica inicia-se como registro, que supõe o preenchimento das exigências *legais* e das exigências oriundas do *decreto de aprovação.*

O Decreto n0 916, de 24 de outubro de 1890, ari 60, § 20, referiu-se, explicitamente, ao registro das filiais, em geral, e frisou: "Quando se estabelecer uma filial e no lugar já existir firma idêntica inscrita, dever-se-áobservar o disposto no parágrafo antecedente"; isto é (§ la): "Se o comerciante tiver nome idêntico ao de outro já inscrito, deverá acrescentar designação que o distinga". Antes, já se havia posto o *princípio geral da necessária distinção de nome* (ari

60 “Toda firma nova deverá se distinguir de qualquer outra que exista inscrita no registro do lugar”).

O ari 18 do Decreto n0 14.728, de 16 de março de 1921, aludiu à *sucursal* de banco estrangeiro no Brasil: “O capital geral do banco ou casa bancária estrangeira responde pelas operações de sua sucursal no Brasil. Em caso nenhum será permitida a condição de responderam o capital e o ativo dessa sucursal por obrigações contraídas pelas agências de outros países”. A referência à *filial* seria desnecessária, porque a filial é *independente.* Se a filial foi criada e ainda não se personificou no estrangeiro, a autorização para funcionar no Brasil e o registro personificam-na. Se já era pessoa

jurídica, há a importação, que independe da personificação da empresa-matriz. Pode dar-se a dupla personificação (nosso La Création et la Personnalité des Personnes juridiques, *Mélanges* Streit, 624 s.).

A lei brasileira exige capital próprio (patrimônio separado) às próprias sucursais dos bancos (Decreto n0 14.728, de 16 de março de 1921, ari 20). A referência às *filiais* era dispensável, porque não há filial *sem capital próprio e sem personalidade jurídica*

O registro é *da filial,* da *sucursal,* ou da *agência.* Porém, a personalidade ou resulta de ser *filial,* pois que é elemento essencial da filial ter personalidade jurídica, ou de atribuição especial à *sucursal,* porque a sucursal pode não ter personalidade.

O Código de Processo Civil de 1939, ari 788, precisou: “A sentença estrangeira que abrir falência a comerciante estabelecido no território nacional, embora homologada, não compreenderá em seus efeitos o estabelecimento que o mesmo possua no Brasil”. Mesmo sem tal regra jurídica no Código de Processo vigente, é o que se há de entender. Quanto *àfilial,* que é independente, nada se precisaria dizer, porque tem ela personalidade jurídica e o pedido de decretação de abertura da falência *somente* pode ser feito no Brasil. Não se poderia homologar sentença estrangeira que decretou abertura da falência de *filial,* sediada no Brasil. No Decreto-lei n0 7.661, de 21 de junho de 1945, ari 70 pôs-se claro que, em se tratando de *filial* de empresa estrangeira, a abertura da falência só é decretável no Brasil. Desde que há a *autorização,* a *satisfação* das exigências que a lei e a autorização fazem e o *registro,* a filial do banco estrangeiro está *personificada,*

para todos os efeitos, no Brasil.

A *filial* de empresa estrangeira é tratada, no Brasil, depois que pode funcionar, como qualquer empresa criada e personificada no Brasil. As *filiais* das empresas brasileiras são empresas independentes, como as *filiais* de empresas estrangeiras o são. Umas e outras são pessoas jurídicas, de modo que a todas se refere o ari 50 da Lei n0

2.862, de 4 de setembro de 1956, com a extensão que lhe deu a Lei n0 3.470, de 23 de novembro de 1958, ari 57. O Decreto n0 14.728, de 16 de março de 1921, ari 19, empregou "sucursal" em sentido impróprio, o que o Decreto n0 20.251, de 20 de dezembro de 1945, corrigiu. "La succursale... n'est pas douée de la personnalité morale, circonstance que la distingue nettement de la filiale" (Michel Cabrillac, Unité et Pluralité de la notion de Succursale eu Droit privé, *DixAns de Conférences d'A gré gation*, 127). O capital da filial há de ser separado. A estrutura da filial não tem de ser a da empresa-mãe. Firma individual pode ser acionista ou sócia de filial; sociedade-mãe pode ser dona

de todo o capital da filial, ou das filiais. Se há sucursais ou agências, dependentes da filial, ou das filiais, são da filial, ou das filiais.

O ari 12, § 30, fala de gerente da filial ou da agência. Apenas diz que se presume a presentação. Portanto, prestada informação suficiente, ou o autor, que é tal gerente, tem, com a suspensão do processo, o prazo razoável para se corrigir a falta ou sanar o defeito, e se desatende dá ensejo àdecretação da nulidade do processo, ou, tendo satisfeito a decisão judicial, o processo prossegue; ou a falta ou defeito foi quanto ao réu e esse, se no prazo fixado, torna suficiente o que tinha de fazer, e há o prosseguimento, ou, se omite, é tido como revel, salvo se não havia o pressuposto de ser gerente da filial, ou da agência, porque em tal caso não houve a presunção.

Se a prova foi de ser presentante o órgão da filial, ou da agência, cuja presentação se presumiu, ou se foi feita a prova de apenas ter poderes de representação, aí não importa para as sanções.86

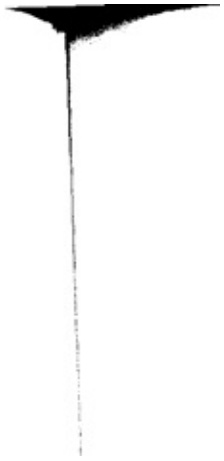
Se a pessoa jurídica estrangeira não tem filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil, mas tem de ser autora ou se na justiça brasileira, como acontece se é no Brasil que tem de ser cumprida a obrigação (Lei de Introdução

ao Código Civil, ari 12, e Código de Processo Civil de 1973, ari 88, II), ou se a ação se originou de fato ocorrido no Brasil (ari

88, III), tem-se de considerar as personalidade que a lei estrangeira lhe atribuiu. Se a pessoa jurídica é Estado estrangeiro ou organismo internacional e a outra parte é a União, Estado-membro, o Distrito Federal ou Território, não há problema, porque incide o ari 119, 1, *c),* da Constituição de 1967 com a Emenda n0 1, ~ relativo à competência do Supremo Tribunal Federal, para o processo e julgamento. Fora daí, não há regra jurídica especial.

Mas o assunto que aqui mais nos interessa é o das ações em que são partes pessoas jurídicas estrangeiras, que não são Estados estrangeiros, nem entidades internacionais. Se a legitimação, que se discute, é a de entidade estatal estrangeira que não éo Estado (Estado-membro, Província, Município), temos de entender que se importam tais personalidades como se importam a do Estado estrangeiro e a das entidades internacionais. Não se precisa de qualquer ato administrativo ou judicial do Brasil. Claro é que não se há de pensar em importação de entidade estrangeira, ou internacional, que não é reconhecida pelo Brasil.

86 Cumpre atentar no parágrafo único do ari 88, a que remete o inciso VIII: a pessoa jurídica estrangeira (não apenas a sociedade comercial), que tiver agencia. filial ou sucursal no Brasil se reputa aqui domiciliada, evidentemente no lugar de situação daquelas. Trata-se de presunção legal absoluta.



87 Const. 88, ari 102, 1, *e.*

Passemos às pessoas jurídicas estrangeiras que não têm agência, filial ou sucursal no Brasil: não

podem ser réus perante a autoridade judiciária brasileira (ari 88, 1, e parágrafo único). Mas, se o caso

entra em alguma espécie do ari 89, 1 e II (ações relativas a imóveis situados no Brasil; inventário e

partilha de bens situados no Brasil), pode haver a carta rogatória para que se cite no estrangeiro (ari

210: “A carta rogatória obedecerá, quanto à sua admissibilidade e

modo de seu cumprimento, ao

disposto na convenção internacional; à falta desta, será remetida à autoridade

judiciária

estrangeira, por via diplomática, depois de traduzida para a língua do pais em que há de praticar-se o

ato”).

Pergunta-se: pode a pessoa jurídica estrangeira que não tem filial, agência ou sucursal no Brasil, propor ação no Brasil? Sim, se a ação, pela lei brasileira, tem de ser no foro do Brasil. Não se pode admitir que alguma entidade que se personificou no estrangeiro, de acordo com as regras jurídicas respectivas, não seja tratada no estrangeiro como seria pessoa física estrangeira. Tem-se de reconhecer o principio de igual tratamento das pessoas, que somente sofrem limitação se imposta pela ordem pública. Não se pode negar a existência de pessoas jurídicas estrangeiras. Trata-se de entidades completamente distintas dos seus membros, podem ser mesmo fundações. Os direitos e deveres que tem a pessoa jurídica do Estado A são os que ela também pode ter no Estado B, posto que possa haver limitações relativas aos bens situados no Estado B, ou a aquisição e exploração de produtos do Estado B. No Estado B não lhe é dado ter direitos que o Estado A lhe proibiu, salvo se o próprio Estado A só estabeleceu a proibição para determinado território. Em princípio, a pessoa jurídica goza, no

Estado estrangeiro, os mesmos direitos que gozaria no Estado de origem. As limitações e proibições que o Estado estrangeiro faz às pessoas jurídicas que nele têm origem estendem-se às pessoas jurídicas que nele vêm exercer alguma atividade. A lei do Estado de sua constituição e personificação tem de ser obedecida; a lei do Estado em que ela vai praticar atos não lhe pode dar melhor tratamento do que têm as pessoas jurídicas que nele têm origem.

Na Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei n0 4.657, de 4 de setembro de 1942), ari 12, diz-se que é competente a autoridade judiciária brasileira quando for o réu domiciliado no Brasil ou *aqui tiver de ser cumprida a obrigação.* O Código de Processo Civil de 1973, no ari 88, II, estatui em geral que é a autoridade judiciária brasileira quando no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação, e, no ari 88,111, quando a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil. Dá-se o mesmo se quanto às ações relativas a imóveis situados no Brasil (ari 89).

DA CAPACIDADE PROCESSUAL

16. Administrador de condomínio ou síndico A regra é ser o condomínio administrado por todos os condôminos.88 Se alguém administra sem oposição dos outros, administrador é, por presunção. Supõem-se, aí, atos do condômino que revelem estar administrando e, da parte dos outros, carência de qualquer ato, positivo ou negativo, que se interprete como contrário a esses atos. De modo nenhum se permitiu ao condômino assumir, a seu talante, a administração. As circunstâncias dificultam, por vezes, a *administração comum*, ou um dos alguns dos condôminos divergem de tal gestão própria dos negócios do condomínio. Em tal conjuntura, volve a comunhão a deliberar. Naturalmente, o que se há de buscar, de início, é o acordo unânime. Se a primeira solução a da *comum administração* falhou, não houve a unanimidade. Passe-se à segunda: a da *venda.* Se todos acordam, vende-se a coisa comum. Se algum dos condôminos não concorda, não se vende. Se o bem tem de ser administrado, decide a maioria.

O ari 12, IX,é quanto ao “condomínio”, e não quanto a”condôminos”. Supõe-se ser réu ou autor o grupo condominial. Pode acontecer que um dos condôminos seja autor ou réu em ação relativa ao condomínio, inclusive sendo o “condomínio” o outro figurante. Por exemplo: se a açao e de reivindicação. A

concepção da compropriedade, no direito brasileiro, tem a estrutura romana, com pequenos influxos germânicos.

O condomínio é domínio. Esse enunciado simples às vezes esquece aos juristas. Alguns erros e inexatidões de julgamento se originam de se ver, examinando-se o con-domínio, mais a comunhão, a conjuntiva, que o domínio, mais o acidental no que o essencial. Condomínio é apenas domínio *mais* domínio.

O condômino tem ação de reivindicação contra terceiros. Discute-se se pode o condômino reivindicar a coisa contra outro ou outros condôminos. Sá Pereira (Da Propriedade, *Manual*, VIII, 405) entendia que o legislador brasileiro de 1916 tomou partido a favor da reivindicação contra terceiro e "implicitamente a recusou contra outro condômino"; e não podia concedêla, "sem quebrar a linha na qual estruturou a compropriedade". E acrescentou:

"Os Romanos eram lógicos, autorizando a reivindicação entre condôminos, porque no seu sistema a partilha era atributiva da propriedade, e a adjudicação era modo de adquirir o domínio". Mais: "Igualmente lógicos são os franceses recusando-a, porque no seu sistema a partilha é declarativa 88 A Lei n0 4.591, de 16.12.64, que dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias, comete a administração a um síndico (ari 22, § l~, *b),* ao qual incumbe representar o condomínio, ativa e passivamente. em juízo e fora dele (ar?. 22, § l0, a).

e não atributiva da propriedade". Carlos Maximiliano *(Condomínio,* 31) seguiu-lhe as pegadas, dizendo apenas: "O

Código brasileiro adotou a rota mais segura, a mais lógica, o meio termo: atribuiu o direito a ser exercido antes da divisão, contra terceiro, apenas".

O primeiro argumento de Sá Pereira firmava-se em brocardo assaz perigoso, o *Inclusio unius est exclusio alterius,* que depende da *exaustívidade da regra,* de ser *sobre* os dois casos e só se referir a um, etc. Ora, isso não se dava. Sempre tivemos a *vindicatio partis.* Se se contesta ao condômino a qualidade de dono, é a reivindicação que lhe cabe. Manuel Álvares Pêgas *(Resolutiones Forenses,* V, 94) foi peremptório: "Haec actio (reivindicationis) est utilis et directa... et competit tam circa praedia rustica, quam urbana... est competiti pro finibus totius fundi, *et pro finíbus partis...";* e Correia Teles *(Doutrina das Ações,* cd. de 1918,

§§ 276, 278): “Se o autor não estiver de posse da coisa comum, e os réus lhe negaram a comunhão no *ius in re,* deve então usar da reivindicação”.

A compropriedade gera pretensões reais, como as gera a propriedade exclusiva. Se um dos condôminos se faz possuidor exclusivo da coisa, ou se o era antes da comunhão e continua de o ser, o outro ou os outros têm a *partis vindicatio,* ou, se foi o possuidor mesmo que deu o título, a *immissio possessioniS.* Tem qualquer deles contra o outro e os outros, que excedam os limites do uso e das modificações ou ingerências, a ação negatória. A discussão, em torno do direito comum, quanto a poder o condômino ir contra os terceiros, sozinho, por toda a coisa, não tem hoje razão de ser: por toda a coisa, tem o condôíninO a reivindicatória, e a ação negatória, se bem que, tratando-se de ação de restituição, o pedido seja para a entrega a todos, ou para o depósito a favor de todos. Nada obsta a que só demande pela *pars dominica,* quer em *partis vindicatio,* quer em ação possessória~ ou de imissão de posse.

Cabem ao condômino as pretensões de restituição da posse, as pretensões pela ofensa ao direito de propriedade e pelos danos à coisa, as pretensões que lhe competem como titular de direito de servidão e as pretensões à retificação do registro de imóveis, e as ações declaratórias que teria o proprietário exclusivo (G. Planck, *Kommentar,* III, 4~ ed., 542). A pretensão à restituição da coisa toda não pode ser exercida se o outro ou outros condôminos não querem ou não podem recebê-la (G. Planck, *Kommentar,*]jfl, 4a cd., 543; sem razao Konrad Hellwig, *Anspruch und Klagrecht,* 187): então, a pretensão é a restituição da *pars dominica* ou da posse da *pars dominica,* salvo se houve esbulho. Em qualquer caso, pode o condômino somente pedir a parte indivisa, ou a composse (Johannes Biermann, *Sachenrecht,* 311). Não tem o dever de pedir toda a coisa, ou toda a posse. Quanto ao *possessorium summariissimum* e a ação de esbulho, o condômino pode pedir a posse da coisa toda, ainda que os outros condôminos não a queiram ou não na possam receber, porque se trata de restauração do *status quo.* A regra jurídica, que, em caso de pluralidade de credores, permite exigir-se a dívida inteira, é invocável pelo condômino (Heinrich Willenbucher, *Das Liegenschaisrecht des* BGB, 78). Se o condômino somente demanda por sua parte, somente pode pleitear quanto às obrigações acessórias a ela (Johannes Biermann, *Sachenrecht,* 311). A coisa julgada desfavorável, na ação proposta pelo condômino, não se estende aos outros condôminos. O condômino que pleiteia a restituição de toda a coisa tem de provar a propriedade dos demais

condôminos. Se somente prova a sua, não pode querer que se defira quanto ao mais.

O ari 12, IX, fala de administrador ou síndico. Mas ocorre que a ação não possa ser proposta pelo administrador ou pelo síndico, ou poder o administrador ou o síndico ser o representante do condomínio. As funções do administrador ou do síndico às vezes vão ao ponto de fazê-lo legitimado ativo ou passivo em ações que não se ligam à administração, mas isso não ocorre se não há outorga de poderes pelos condôminos. Se a ação, a propor-se oujá proposta por terceiro, concerne a assunto de administração, e o condomínio resultou de edificação ou incorporação imobiliária, tem-se de atender à lei especial (Lei n0 4.591, de 16 de dezembro de 1964, arts. 20, 40 60, 80, 90 e § 20, 22 e § 10, 24, e § 20).

Tratando-se de dividas fiscais, o administrador da coisa comum, seja *pro indiviso* ou *pro diviso* a comunhão, e ainda sem poderes especiais de representação, pode ser citado.

17. Herdeiros e sucessores de falecido O inventariante é que tem de propor ação ou ser citado se éo espólio que é o autor ou o réu, ou o interveniente (ari 12, V). Se o inventariante é dativo, não; *de iure condendo,* devia-se admitir que o inventariante dativo atuasse normalmente: representaria ele a *universitas,* os herdeiros e outros sucessores funcionariam quanto ao que lhes corresponde na herança. Mas a jurisprudência, antes e depois do Código de 1973, acolheu a interpretação de que se cortou a representação em juízo ao inventariante dativo. Veja-se o que escrevemos sob o ari 991, 1; têm de ser citados os herdeiros ou sucessores do falecido. Antes, nota 9.

As ações podem ser contra o espólio, como *universitas,* de modo que ele é parte; e propostas por ele. Mas, se o inventariante é dativo, réus são todos os sucessores. Daí a necessidade de serem os autores e os réus. Frise-se que não basta que sejam propriamente os herdeiros, ou que sejam eles os réus; também os legatários são sucessores e não pode ser menosprezada a sua situação. Pode mesmo ocorrer que toda a herança seja distribuída em legados. Enquanto não se faz a partilha, há a *universitas.*

18. Sociedades não-personificadas que demandam ou que são demandadas O ari 12, VII, diz que as sociedades sem personalidade jurídica são representadas pela pessoa a que caiba a administração dos seus bens. Entenda-se: pessoa que

administrar ou tenha de administrar, ou pessoas que administram ou tenham de administrar. Ai, a capacidade processual é ativa ou passiva. O administrador ou administradores propõem ação, ou são citados como réus, ou intervêm. Tudo se passa normalmente. O que se pode arguir é a *falta* da capacidade, ou a *irregularidade* da representação. A irregularidade, como a falta, pode consistir em omissão do respeito a alguma regra jurídica, ou a alguma cláusula estatutária. Há, porém, o ari 12, § 20, onde se estatui que as sociedades sem responsabilidade jurídica, quando demandadas, não podem opor a irregularidade de sua constituição, o que adiante examinaremos. O

que se revela é a oposição de irregularidade na constituição, não a alegação pelos que são componentes ou por alguns deles, ou pelas pessoas a que se atribui serem figurantes do negócio jurídico criativo, de ser inverídica a afirmação da existência da sociedade ou associação, ou de ser falso o ato constitutivo, ou de não serem figurantes.

Apenas se afasta a afirmativa de ser *irregular* o ato constitutivo. Também a qualquer dos interessados cabe redarguir que o citado de modo nenhum administra os bens da sociedade. Ai, a *irregularidade* é da representação, e não da constituição. Se algum membro, ou alguns, ou todos sustentam que não assinaram qualquer documento de que pudesse resultar a outorga de administração, seria absurdo que se confundisse com o não-existir o ser irregular.

Verificado que a pessoa não é o administrador de sociedade, ou que não mais o é, ou que são insuficientes os dados para ser tido como tal, cabe ao juiz suspender o processo, marcando prazo razoável para ser sanado o defeito, ou suprida a falta.

Afastou-se o direito processual civil anterior, que tinha de recorrer ao direito material. No plano da capacidade processual e da representação em juízo, o Código de Processo Civil de 1973, ari 12, VII, e § 20, separou a capacidade de ser parte e a capacidade processual. Os nomes de todos os sócios ou acionistas têm de constar no tocante à capacidade de ser parte, pois não houve a personificação. Mas representa-os a pessoa “a quem couber a administração dos seus bens”, isto é, os bens da sociedade não-personificada (aliás, pode ser que não se lhe transferiu ainda a propriedade). Aliás, o ato constitutivo é que lhes dá a existência patrimonial, anterior à pessoal.

Não é de exigir-se que a entidade possa personificar-se, salvo se a sociedade, em si, seria contra o direito público (= proibida). Cf. Cari Crome *(System*, 1, 259, nota 5). A sociedade ou associação sem personalidade não pode adquirir entre vivos ou a causa de morte de alguém. Todavia, a destinação a fim comum opera-se, criando o que se reputa bem social, com as consequencías possíveis de responsabilização (Kampfer, *Die Rechtsstellung des nicht rechtsfahigen Vereins*, 38).

Se a entidade é não-personificada, a administração compete a um ou mais sócios, com exclusão dos outros, ou a todos. Os sócios têm obrigação de realizar as suas quotas, de acordo com o contrato existente entre eles. Épossível que se tenham concebido como aumentáveis por deliberação de todos, ou da maíoría, ou segundo as exigências da empresa. O patrimônio pode crescer, ou diminuir, por ser separado dos patrimônios individuais, até certo ponto. As aquisições gratuitas são possíveis. Nada obsta a que um dos sócios seja pessoa jurídica. O patrimônio responde pelas dívidas. A sentença contra a sociedade não-personificada pode ser executada sobre o patrimônio. Se há, também, responsabilidade do sócio, é outro assunto o que, tratando-se de sociedade de fins econômicos, é a regra.

Se a diretoria conclui os negócios jurídicos, em nome da entidade não-personificada, com a cláusula de não responderem os sócios além do patrimônio da entidade, tal cláusula é nula; mais vale a cláusula estatutária que restrinja os poderes da diretoria, dependendo de ser conhecida dos que com ela tratam a eficácia quanto a esses.

Quanto à dissolução, a sociedade não-personificada obedece à lei que a regula e, no que é de auto-regramento, ao contrato ou aos estatutos.

Dissolvida, segue-se o processo de liquidação. Pagam-se as dívidas, devolve-se o restante, salvo se diferentemente se dispôs. Se a outrem há de ser devolvido, nasce-lhe crédito, em virtude da estipulação a favor de terceiro. Não há pensar-se em sucessão universal (Johannes Biermann, *Biirgerliches Recht*, 1, 509). Se algum sócio, ou alguns sócios, ou todos os sócios ficam com o patrimônio social, responde aquele, ou respondem os que o receberam, pelas dívidas não solvidas. À diferença da sociedade personificada, a sociedade não-personificada não tem capacidade para ir contra o sócio para haver aquilo com que satisfaça o credor ou credores que não foram pagos é apenas *comunidade unitária*, e não *pessoa jurídica,* o patrimônio social não é dela, simples entidade não-personificada, é

dos sócios.

Se a sociedade não-personificada se personifica, o patrimônio passa a pertencer à pessoa jurídica, e não mais aos sócios porque está implícito, em todo contrato social, que se pretende registrar a entidade, para que obtenha personificação. A diretoria pode concluir os contratos e acordos necessários à transferência, porque ao sistema jurídico brasileiro não repugnam, *a priori,* os contratos consigo mesmo, segundo os princípios.

A responsabilidade das sociedades ou associações não-personificadas, por dívidas, é responsabilidade dos sócios ou associados, com os bens sociais e os particulares, mas restrita pelo ato constitutivo ou pelos estatutos, *se têm eficácia a respeito dos credores.* Tal eficácia pode provir de registro, ou outro meio eficiente de publicidade, ou de conhecimento pelo credor. No ato constitutivo ou nos estatutos pode-se estabelecer a responsabilidade de cada membro somente pelos bens sociais, ou do diretório somente por esses. Qualquer reserva unilateral, a que não se haja conferido eficácia *erga omnes*, ou a propósito de algum credor, é sem relevância (Camille De Hody, *Die Schuldenhaiung nicht rechtsfãhiger Vereine,* 41). Tem sido prejudicial àciência discutir-se, *a priori,* a restringibilidade da responsabilidade, ou sem se atender a que o problema é no plano da eficácia, ainda que se trate de restrição tácita (cp. M. Jaraczever, *Die Haiung fur rechtsgeschailiche Schulden,* 8). Se não há restrição eficaz, o agente cria a responsabilidade da sociedade ou da associação e a sua, pessoal (não só a sua, erro de E. Heintzmann, *Das Vereinsrecht,* 14 s.). Se o administrador ou os adminístradores constituíram representante, de acordo com o ato constitutivo ou com os estatutos, tudo se passa como a respeito de órgãos de sociedades ou associações personificadas. Se somente obra em nome do sócio, ou do administrador, só aquele, ou esse responde (W. Bauer, *Rechtsverhãltnisse des nicht rechtsfãhigen Vereins,* 31). Primeiro executam-se os bens sociais, depois os de quem praticou o ato; finalmente, os dos membros (L. Kuhlenbeck, *Von den Pandekten zum* BGB, 241 s.). Tal condenação consulta interesses do credor e interesses dos responsáveis. Qualquer alteração épreciso que conste do ato constitutivo ou dos estatutos e tenha a eficácia de que falamos (cf. W. Abrahamsohn, *Die Schuldenhaiung des nicht rechtsfahigen Vereins,* 81 s.). Se se abre concurso da sociedade ou associação não personificada, não se abre concurso dos membros, e sim somente dela (Otto Von Gierke, *Vereine ohne Rechtsfáhigkeit,* 43 s.; F. Hartwig, *Die Haiung juristischer Personen fiir Delikte,*

37; H. Schneiders, *Der Konkurs (iber das Vermogen des nicht rechtsfãhigen Vereins,* 41). Se não podem pagar os credores, então se vai contra o membro, ou contra os membros, fora do concurso (Camille de Hody, *Die Schuldenhaiung nicht reschtsfãhiger Vereine,* 61).

Se algum membro, que não é administrador, pratica atos jurídicos em nome da entidade, obriga-se pessoalmente, ainda se o terceiro conhecia ou devia conhecer o fato da não-personificação (J. Meisner, *Das Burgerliche*

w

(Ari 12)

Gesetzbuch, 1,54; Th. Engelmann, em *J.* v. *Staudingers Kommentar, 1,259;* sem razão, Johannes Biermann, *Burgerliches Recht,* 1, *508,* nota 21). Tal responsabilidade não se limita aos bens da entidade (Otto Warneyer, *Kommentar,* 1, 87). O terceiro pode ser membro da entidade. Se dois ou mais membros atuam em nome da entidade, a responsabilidade é solidária.

A capacidade processual ativa e passiva, que ora se estabelece para a sociedade e para a associação não-personificadas, vem do direito comum, que estabelecia a capacidade de todas as entidades, antes da personificação.

O que se instituiu, em 1916, tinha as seguintes consequências: *a)* as ações haviam de ser dirigidas à diretoria, ou a quem teria, com a só capacidade processual passiva, qualidade de órgão para a vida exterior; *b)* a entidade era parte no processo, e os membros não no eram, razão por que podiam ser arrolados e depor como testemunhas (F. Stein, *Die Zivilprozessordnung,* 1, 144); *c)* a reconvenção podia ser apresentada por todos os membros, mas, se a diretoria ou o administrador o fez, entendia-se que o fez como órgão, e não como representante dos membros, de jeito que, ali, partes são os membros e o depoimento, que prestem, é depoimento de parte, não podendo ser arrolados nem ouvidos como testemunhas, e, aqui, parte é a entidade mesma. Se havia interesse da entidade a ser defendida, ou direito a ser exercido judicialmente, fora do processo, os membros é que tinham de propor a ação, ou os administradores.

Quaisquer ações e medidas processuais podem ser pedidas ou ir contra a entidade não-personificada (ações ordinárias, especiais; medidas constritivas;

interpelações, intimações, notificações, denúncias ocas e denúncias cheias, cominações; provocações *ad agendum*, que têm eficácia a favor do provocante, e conferia capacidade processual ativa à entidade, se a lei não houvesse reconhecido a representatividade na capacidade ativa e na passiva). Tanto

os administradores quanto os componentes da entidade podem

3 agir. Na posição DA CAPACIDADE de demandada ou de citada, notificada ou intimada, a entidade 2

é

PROCESSu~

processualmente capaz, e o administrador, que funciona,

6 funciona como

representante.

No direito anterior podia reconvir, porque, embora se tratasse de ação, foi provocada, e a lei permitia a reconvenção no mesmo processo (Friedrich Stein, *Die Zivilprozessordnung*, 1, 146, nota 78). Se foi demandada a entidade não-personificada, podia ela: reconvir, embargar de devedor *(aliter,* de terceiro); pedir decretação de nulidade, de anulação ou de resolução, condenação nas custas, aplicação das penas, alegar compensação; interpor recurso extraordinário; propor ação rescisória; propor ação revocatória em processo de falência, ou anulatória em concurso de credores, em que foi

incluída como credora, bem assim alegar, na falência, ineficácia relativa; pedir indenização por danos sofridos em virtude da medida constritiva, cautelar ou executiva, que foi concedida contra ela (Otto Von Gierke, *Vereine ohne Rechtsfãhigkeit,* 43; C. P. Wiedemarlrl, *Beitrage,* 545; A. Nussbaum, Beitrage, *SachsischesArchiv,* 10, 115 s.; K.

Hellwig, *Anspruch und Klagrecht,* 293 s.; Cari Crome, *System,* 1,264; G. Planck, *Kommentar,* 1, 124; sem razão, Josef Kohler, *Lehrbuch,* 1, 408, e M. ~achenburg, *Das BGB,* 478). O que era preciso era que tivesse sido posta em posição de demandada a entidade e do processo lhe viesse ensejo para defender-

se, em sentido lato. O membro somente podia ir contra a entidade, considerando-a passivamente capaz, como parte (Otto Warneyer, *Kommentar* 1, 86). Se, pendente a lide, se dissolvida a entidade náo~personificada continuando até findar a liquidação, processualmelite capaz, como demandada (Fnedrich Stein, *~jeZi vdproze5sordnung~* 1, 146, nota 78; sem razão, H.

Rehbein, *Das Burgerliche Gesetzbuch,* 1, 43). A *actio iudicati* dirigia-se contra ela. No concurso de credores, ou na falência, a entidade náo~personificada~ que era devedora, era tratada como processualmente capaz (Ernst Jaeger, *Kommefltar zur ~onkursordnung,* II, 450).

Tudo isso hoje é sem relevância, porque não mais se cogita da capacidade processual só passiva.

A entidade náo~personificada pode, no direito brasileiro, *(a)* ir ajuizo ou postular perante as autoridades administrativas, se precisa ou se lhe é negada a autorização para se criar: não são só os componentes que têm legitimação ativa; tem-na a entidade náo~personificada. A entidade náo~personificada pode pedir *(b)* as inscrições: o órgão da entidade já aí funciona como órgão.

Hoje, já se pode pleitear a favor da entidade se não há mais a totalidade dos componentes, isto é, se falta um deles (G. Planck, *Kommentar,* 1, 124; Friedrich Endemafln, *Lehrbuch,* 1, 8~ 9~ ed., 205, nota 19; Friedrich Stein, *Die*

~1vi1prozessordnUng~ 1, 144, nota 59; sem razão, Konrad Hellwig, *Lehrbuch und Klagrecht,* 296, e Eduard Holder, *Naturliche undjuristisChe Personen,* 278), salvo se a falta diminui o número de componentes, e se dissolve a entidade. Se, devidamente proposta a ação, pelos compoflente5~ se emprega, depois, o nome da entidade, não ocorre mudança de pedido~ porém apenas incorreção de linguagem. Se a personificação ocorre pendente a lide, há sucessão processual: a entidade sucede aos componentes. Os administradores operam como se fossem órgão da entidade a ser personificada. Para isso, não precisam do assentimento dos componentes da entidade; os próprios dissentintes estão ligados ao ato da futura pessoa jurídica, ainda quando o poder dos administradores decorra da

~eliberação da assembléia

(Ari 12)

e essa se realizou de acordo com o ato constitutivo ou os estatutos. Algum ou alguns componentes não podem pleitear pela entidade (Otto Warneyer, *Kommentar,* 1, 86).

No direito de hoje, nada impede que a entidade sem personalidade jurídica atue como terceiro: oferecer oposição (ari *56),* ser nomeada àautona (arts. 62 e 63), ser denunciada à lide (ari 70), ser chamada ao processo (ari 77). Bem assim, que se litisconsorcie (ari 46) ou seja litisconsorte necessário (ari 47) ou promova a citação do litisconsorte necessário (ari 47, parágrafo Único), seja assistente ou assistido (ari 50) ou assistente litisconsorcial (ari 54). Pode opor embargos de terceiro (ari 1.046) ou ser embargada por terceiro.

Se lei sobre locações diz que o locador, acudindo a citação, pode alegar ter proposta de terceiro, competentemente individuado para locação do prédio por prazo pelo menos igual ao mínimo constante da proposta ajuizada, e em condições melhores, tratando-se de pessoa física, qualquer pessoa que não seja o locador, ou o locatário, é terceiro.

A respeito do locatário, se apresentou a sua oferta, nada obsta a que a pessoa jurídica de que faça parte apresente a sua. Tratando-se do locador, dá-se o mesmo. Se o locatário épessoa jurídica, nenhum dos seus membros ou sócios, ou dirigentes, fica inibido de, como terceiro, oferecer-se como futuro locatário. Se o locador épessoa jurídica, o membro ou sócio pode apresentar a sua oferta, como terceiro, que é. O problema somente se cobre de certo interesse cientifico quando vem à balha a oferta apresentada pela sociedade, associação, ou fundaçao aínda não personificada. Então, tem-se de examinar a questão quanto à oferta da futura pessoa jurídica, de que faz parte, como membro, associado, sócio, ou dirigente, o locatário, e quanto à oferta da futura pessoa jurídica, de que faz parte, como membro, associado, sócio, ou dirigente, o locador.

A entidade ainda não personificada já está, de certo modo, distinguida das pessoas dos seus membros, porque já há o patrimônio destinado a fim. Os atos das próprias entidades que ainda se não registraram são seus. Para as ações executivas, é preciso que o título seja contra a entidade, o que bem mostra já estar o suporte fático da futura pessoa jurídica a discriminar patrimônios. Pode ser demandada, como pode ser alvo de pretensão ou de exceção. O

patrimônio ainda pertence aos membros, mas já está em comum, sujeito às regras do ato constitutivo, o que o diferencia dos patrimônios dos membros. Nenhum dos membros pode exigir a divisão, porque existe mais, a respeito do patrimônio, do que comunhão, existe *ofim* a que se destina. Ao patrimônio da entidade vai tudo que ela possa adquirir e não pressuponha ato da pessoa; tal como a posse, o crédito emanado de promessa ao público; 327

e tem-se de interpretar que a instituição de herdeiros e o legado são feitos aos membros para que passem à pessoa jurídica, quando nascer construção que se impõe para qualquer negócio em que figurem os membros, vinculados à entidade a personificar-se (Otto Von Gierke, *Vereine ohne Rechtsfahigkeit,* 21; sem razão, Goldmann-Lilienthal, *Das Burgerliche Gesetzbuch*, L. 97).

Se, nos casos em que é permitida a contratação pela futura pessoa jurídica, essa funciona como terceiro, para afastar o locatário com direito àrenovação, pode dar-se: *a)* que não tenha sido prevista a utilização do prédio no mesmo ramo do comércio ou indústria, e o locador responde ao locatário por essa utilização inesperada, com a solidariedade da pessoa jurídica, se obrou de má-fé; *b)* se o terceiro, cuja oferta fora apresentada, não se personificou, o locador e aqueles que têm de responder em vez da sociedade ou fundação não-personificada são obrigados a indenizar, podendo o locatário, que foi afastado do processo, pedir judicialmente a volta, por ter cessado a eficácia da exceção de melhor locação; *c)* se foi previsto que o ramo do comércio ou indústria seria o mesmo, qualquer indenização já se compreende naquela de que fala a lei. Nas espécies acima referidas, quando não haja inconveniente para o autor da ação, pode essa dirigir-se contra a sociedade não-personificada.

No direito brasileiro, o terceiro pode ser, como se vê, a própria entidade jurídica ainda não-personificada.

Se a oferta partiu de sociedade por ações ainda não-personificada, mesmo sendo subscritores os locadores, nem por isso deixa de ser oferta de terceiro. *E. g.*, o período pré-pessoal da sociedade por ações é caracterizado pela organização corporativa do patrimônio, *tendendo* à constituição da sociedade e sua personificação. A constituição por ações pode ser por subscrição *totalmente cheia*, se todo o capital é realizado; ou *sucessiva*, se só parte dele (pelo menos dez por cento) o é. Até a deliberação unânime da assembléia dos subscritores, ou da assinatura da escritura, há apenas declarações de vontade paralelas, todas

vinculativas, se preencheram os requisitos legais; com a deliberação da assembléia dos subscritores, ou a assinatura da escritura pública, aquelas vontades perfazem ato jurídico coletivo (Otto Von Gierke, *Die Genossenschafstheorie und die deutsche Rechtsprechung,* 128 s.; Karl Lehmann, *Recht der Aktiengesellschaien,* 1, 322 s.). E consequência de se tratar de ato jurídico coletivo criativo que a decretação da nulidade, ou a anulação por incapacidade do subscritor, absoluta ou relativa, ou por outra causa, somente atinge o ato constitutivo, se baixou do mínimo legal o dos subscritores e não se providenciou conforme a lei.

DA CAPACIDADE PROCESSUAL

O período pré-pessoal das sociedades, quaisquer, pode ser caracterizado pela organização do patrimônio, *tendendo* à constituição da sociedade e sua personificação. A constituição por entradas pode ser por subscrição *totalmente cheia,* se todo capital é realizado; ou *sucessiva,* se só parte dele (sem exigência de mínimo) o é. Até a deliberação unânime da assembléia dos componentes, ou da assinatura da escritura, há apenas declarações de vontade paralelas, todas vinculativas, se preencheram os requisitos legais; com a deliberação da assembléia dos componentes ou a assinatura da escritura pública, aquelas vontades perfazem o ato jurídico coletivo.

Semelhantemente, quanto às sociedades por ações, conforme antes já dissemos. A subscrição do capital, totalmente cheia ou sucessiva, é pressuposto necessário. Cada assinatura corresponde a uma declaração de vontade, suscetível de se lhe decretar nulidade ou anulabilidade. Tal desconstituição somente atinge o ato constitutivo se baixa do mínimo o número de subscritores.

Depois de personificada a sociedade, toda ação é de anulação, ainda se a causa entra em texto de direito geral sobre nulidade. Se, porém, há infração da lei pelo próprio ato jurídico coletivo criativo, a ação de anulação não é só das declarações paralelas, e a sentença favorável ao autor atinge a constituição e fundação da sociedade. Cabe a anulação por fraude, quer contra a subscrição, quer contra o ato coletivo, bem assim a anulação por simulação; são de admitir-se as ações de vício das declarações de vontade (violência, erro, dolo), de per si.

Pergunta-se: o ari 12, VII, abrange as sociedades regulares, não personificadas, e as sociedades irregulares, não personificadas, ou somente aquelas? Um dos

elementos para a resposta é a existência do § 20: “As sociedades sem personalidade jurídica, quando demandadas, não poderão opor a irregularidade de sua constituição.” Se demandantes, assumiram a posição de sociedade que se afirma regular. Apenas não se há de preexcluir a possibilidade de algum dos sócios ou falsos sócios intervirem para se porem fora da eficácia de qualquer sentença.

19. Pessoa jurídica estrangeira A presunção legal que se estabelece no ari 12, § 30, só diz respeito à pessoa jurídica estrangeira. A empresa que se diz personificada no estrangeiro e apenas foi criada no estrangeiro, ou no Brasil, e ainda não se personificou no estrangeiro, e tem filial ou agência no Brasil, escapa ao ari 12, § 3O~ Tal filial ou agência somente pode ser tratada como sociedade não-personificada, sujeita às regras jurídicas brasileiras, mesmo se criada no estrangeiro a sociedade (ainda não personificada) de que se diz filial ou agência. Trata-se de sociedade não-personificada, que se subordina ao ari 12, VII, e ao § 20. Para que se possa invocar o ari 12, § 30, é preciso que a sociedade estrangeira se haja personificado.

Ari 13. Verificando a incapacidade processual ou a irregularidade da representação ‘)das partes, o juiz, *suspendendo o processo* 2> *marcará prazo razoável* 3) *para ser sanado o defeito.*

Não sendo cumprido o despacho dentro do prazo, se a providência couber: 1 ao autor, o juiz decretará a nulidade do

processo 4);

11 ao réu, reputar-se-á revel5);

III ao terceiro, será excluído do processo 6> 1. Capacidade processual e seu exercício Toda a matéria dos arts.

70.. 13, relativa, como é, à *capacidade processual*, quer de incapazes, quer de ausentes, quer de marido e mulher, é por tal maneira relevante, que o ari 11, parágrafo único, tem por nulos os atos em que seja preterida alguma das formalidades neles previstas. Uma vez que a figura do representante, vinda do direito material, ou criada pelo direito processual, tenha de intervir e não intervenha, nulo é o ato, ou a própria diligência que se realizou sem a presença

dela. Ato nulo, no sistema do Código, não é ato inexistente: é ato sem eficácia no plano do direito processual, talvez mesmo no plano do direito material e no plano do direito processual, mas ineficaz por ser inválido absolutamente (=nulo). (Diga-se o mesmo quanto à falta de assentimento conjugal.) Diz o ari 13: "Verificando a incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes, o juiz, suspendendo o processo, marcará prazo razoável para ser sanado o defeito." No ari 13 fala-se de incapacidade processual e de irregularidade da representação (digamos da presentação ou da representação). Quanto àpessoa física, pode ser que haja *a)* incapacidade absoluta; ou *b)* incapacidade relativa. Se o caso entra na espécie *a),* convém que o juiz tome logo as providências para verificar se há representante legal, pois, se não há, deve desde logo nomear o curador especial. Não seria razoável que, diante, por exemplo, de autor absolutamente incapaz, ou de réu absolutamente incapaz, o juiz marcasse prazo para ser preenchida a falta e, não sendo atendido, decretasse a nulidade do processo, ou reputasse revel o réu. Mesmo, em se (Ari 13)

tratando de terceiro, que o excluisse do processo. Pense-se no menor que remete procuração a advogado de outro Estado-membro ou de outro Município para proteger, imediatamente, algum bem seu, situado alhures. O advogado não sabia da situação subjetiva do outorgante da procuração e a circunstância seja tal que, diante da urgência da medida, sugira ao juiz nomear imediatamente o curador especial. Outra hipótese: chegaram os oficiais de justiça na casa dos pais do menor para diligência de busca e apreensão e esses estavam fora por alguns dias e foi lido o mandado a alguém que estava cuidando do menor e, diante de tal acontecimento, o menor, que conhecia a injustiça da medida, vai ao juízo com uma petição.

A irregularidade pode surgir no tocante à presentação *(e. g.,* o documento não basta à prova de que é capaz processualmente o autor, ou o réu, ou o terceiro como órgão da entidade), ou à representação (o defeito pode ser da qualidade do procurador que outorgou poderes ao advogado, ou do próprio advogado). Se o que se tem de sanar concerne ao advogado, com a suspensão do processo e a fixação do prazo tem de haver intimação do advogado e do outorgante da procura.

Os arts. 80, 90 e 12 têm de ser observados. No ari li, que se limita ao consentimento do outro cônjuge, fala-se do suprimento pelo juiz se há recusa sem justo motivo ou impossibilidade. Se o juiz não supre a falta, há invalidade

do processo (ari 11 e parágrafo único). Aí, somente se pode lembrar o ari 10. O que ocorre no ari 13 é diferente: o juiz é que determina que se sane o defeito.

Se o menor de dezesseis anos constituiu advogado, a despeito de ter representante legal, por esse estar ausente, o caso não está previsto no ari 90 ~, porque aí só se menciona a falta de representante legal, ou à colisão de interesses do incapaz com os do curador, mas o juiz tem de apurar se havia urgência para a medida e tem de nomear curador especial, ficando a seu arbirio se nomeia o próprio advogado que o menor escolheu ou outra pessoa. Alías, a outra pessoa nomeada para dar poderes ao advogado que o menor escolheu ou a outro.

O terceiro tem o mesmo tratamento que se estabelece para o autor e o réu.

Diante da incapacidade processual ou da irregularidade da presentação ou da representação do autor, do réu ou do terceiro, o dever do juiz éconhecer de oficío, o que acontece (cf. ari 301, § 40)~ Pode suceder que, diante da petição, já ojuiz saiba do que se passa, ou que só o venha conhecer com a contestação. O seu dever é o mesmo. Isso não leva a entender-se que não possa conhecer a falta ou defeito em qualquer momento do processo 331

Çari 267, § 30, com referência ao ari 267, IV e VI), mesmo em grau de recurso.

O prazo fixado pelo juiz há de ser razoável: *a)* suficiente para que se sane o defeito (ou se supra a falta); e *b)* não exceder ao tempo máximo para se prosseguir no prazo. Por isso, salvo se ocorre *b),* pode haver prorrogação, pois não houve suficiência. Em se tratando de incapacidade processual (ou de irregularidade da representação), pode ser alegada razão para o retardamento, o que vai a exame pelo juiz. Se a irregularidade, por exemplo, é no tocante à representação do réu pode ter o juiz, diante do ari 90 de nomear curador especial. Se bem que o ari 13 somente aponte representação, havemos de pensar também em assistência. O menor que tem de ser assistido (e não só o que tem de ser representado) precisa de assistente ou de assistência regular. Na falta cabe ao juiz nomear curador especial, como sucederia se preso o réu. Por isso, havemos de antes de pensarmos no ari 13 cogitar do ari 9O~ Se o réu é absolutamente incapaz e o pai ou a

mãe o representa, porém o titular do pátrio poder não sana o defeito, tem-se como revel o réu, salvo se o juiz verifica que os seus interesses colidem com os

do titular do pátrio poder. O relativamente incapaz, que é assistido, não pode ser tido como revel se o seu assistente não atendeu, no prazo, ao despacho, mas ele argúi que a culpa do inatendimento foi do assistente. Aí, cabe ao juiz nomear curador à lide.

Grande foi a mudança que se operou no direito processual brasileiro com o apagamento de quase toda a distinção, existente antes do Código de Processo Civil de 1939, entre nulidades insanáveis e nulidades sanáveis. Mais uma vez se caracterizou a influência do direito processual austríaco (Ordenação Processual Civil austríaca, §§ 60 e 70) Todas as nulidades, resultantes da falta de representação dos absolutamente incapazes, da assistência aos relativamente incapazes, dos assentimentos entre cônjuges, da intervenção dos órgãos do Ministério Público, do representante judicial de incapazes e do curador à lide, passaram a ser, sem qualquer graduação, sanáveis. Observe-se, ainda mais, que a sanação se pode dar, ou por provocação da parte, ou por deliberação do juiz, de seu próprio oficio. Quer se trate da falta de capacidade processual, quer da autorização especial, quer, além disso, da ilegitimidade do representante, manda o Código que o juiz, "verificando a incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes", marque prazo razoável para que se corrija a falta ou se integre a representação, ou a presentação.

Trata-se, no ari 13, de "incapacidade processual", da falta de *legitimatio ad processum,* e não da ilegitimação ativa ou passiva para ser autor

ou réu. O menor, que seria autor ou réu, e não está assistido ou representado pelo titular do pátrio poder, do tutor ou do curador, está em juízo sem poder estar nele ou nele está irregularmente. No ari 80 estatui-se que os incapazes são representados ou assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da lei civil. O ari 13 alude à incapacidade processual e à irregularidade da representação das partes. Passava-se o mesmo sobre o Código de 1939, ari 84, § 10. Só um problema surge que é delicado: se o menor de dezesseis anos propôs a ação sem estar representado, ou sem ser regular a representação, tem o juiz de suspender o processo e marcar prazo razoável para ser sanado o defeito? Se o incapaz não tem representante legal, é dever do juiz o de dar curador especial (ari 90, 1); se tem e o menor foi a juízo por estar ausente o seu representante legal, seria absurdo que não se desse curador especial, para atuar eficazmente e tomar as providências para o comparecimento do representante legal. Há cinquenta anos, em Vara do então Distrito Federal compareceu um interdito para

pedir (apresentou petição inicial) que sustasse obra de vizinho que estava a romper a parede do apartamento em que morava com a mãe e essa havia viajado por alguns dias a serviço de empresa em que estava empregada. O juiz nomeou curador à lide e procedeu imediatamente à vistoria.

O que se passa a respeito da matéria do ari 13 é de cognição de ofício. Se algum interessado lhe requer o exame, é algo de *plus.*

3 Se a falta não foi suprida ou a irregularidade não foi sanada, no prazo que o juiz marcou, tem o juiz de 3 considerar nulo o processo. Faltou algo de necessário à constituição e, pois, ao desenvolvimento válido 4 do processo, o que se não tivesse havido a decisão do juiz levaria à extinção do processo sem julgamento do mérito (arts. 267, IV e 329).

Se o réu foi citado validamente e a irregularidade concernia à representação dele no ato da contestação, a contestação não pode ser acolhida, e há revelia. Se quem tinha de sanar era um dos autores, ou algum dos réus, o ocorrido não atinge as outras partes.

Não se confunda a representação com o consentimento. Se a falta ou irregularidade é, por exemplo, no tocante ao consentimento do outro cônjuge, regem os arts. 10, como parágrafo único, e II, com o parágrafo único. Aí, o que pode acontecer é o suprimento judicial do consentimento.

2. Suspensão do processo O processo é suspenso, a partir do prazo marcado. Só se suspende com a fixação do prazo para a sanação do defeito (aliás, ser feita a representação ou presentação, que falhou, ou sanada a irregularidade, porque não se sana o que falta: sanar, *sanare*, é curar, e não suprir). Trata-se, pois, de suspensão entre o início e o fim do prazo. Todavia,

se ao autor cabia a providência e ele não atendeu ao que foi exigido, àsuspensão se segue a nulidade do processo.

Se o que teria de tomá-la e não a tomou foi o réu, ou terceiro, o processo continua.

3. Prazo razoável Prazo razoável é o em que se leva em conta o tempo necessário para que chegue a juízo o documento indispensável àintegração da representação

processual. Para esse tempo concorrem circunstâncias objetivas e circunstâncias subjetivas; por exemplo, a distância em que se acha o representante do absolutamente incapaz, ou a pessoa que tem de assistir à outra, ou consentir no ato; o estado de saúde de qualquer dessas figuras do processo; a distância e o estado de saúde do relativamente incapaz que não estava presente, ou não consentiu; circunstâncias de segurança pública do momento, ou dificuldades de transporte; fatos que importem força maior.

É interessante observar-se que pela primeira vez o Código de Processo Civil fala de irregularidade da representação. Não é a falta de capacidade processual da parte. Tampouco é a falta de autorização especial. É a presença de representante ilegítimo. Representante há, porém a lei não o considera como tal. Se obrou em juízo, representou sem ter direito. Talvez apenas se tenha adiantado à apresentação ou mesmo à instrumentação do documento pelo qual haja de ser reconhecido como legiimo. A inclusão da referência da irregularidade da representação tem a consequência, sob todos os pontos de vista relevante, de considerar-se causa de nulidade o defeito de forma ou conteúdo da representação ou da presentação.

Tem toda a amplitude a apreciação do juiz no tocante à marcação do prazo razoável, durante o qual se há de suspender o processo. Se for de prever-se que tal suspensão produza dano à parte incapaz, ou capaz, porém subordinada ao assentimento de outrem, tal parte, ou o seu representante, pode pedir ao juiz que permita a prática de atos urgentes (ari 266, 2~ parte). Revel não é incapaz. Mulher, que precisa da outorga marital, não é incapaz. O

praticante de tais atos ulteriores fica sujeito às penalidades em que possa incorrer a respeito de custas e demais despesas, bem como o propósito de dano às partes.

Atento ao perigo de dano à parte, que precisa do ato ou da presença de outrem, o legislador não se volveu para o lado das outras partes, talvez prejudicadas com a suspensão, sem culpa sua. E de se entender que, praticando a parte favorecida algum ato ou suscitando-o, as outras partes tenham o direito de realizar todos os atos resultantes daquele ato, ou os que seriam prejudicados se não fossem praticados durante a suspensão.

DA CAPACIDADE PROCESSUAL

4. Autor e suprimento da falta Não suprida a falta pelo autor, o juiz decreta a nulidade do processo.59 Ainda aí, se, por motivo de força maior, não se tiver produzido em tempo o instrumento esperado, dentro do prazo razoável, que ojuiz marcou, pode esse permitir a produção, desde que em requerimento fundamentado e devidamente instruído a parte mesma o peça.

A decretabilidade de ser nulo o processo ou o ato, sem provocação das partes de oficio , tem a consequência de se exigir ao juiz, para que assim proceda, que prove o fato da incapacidade processual, se há dúvida (Rudolf Pollak, *Sysrem*, 136). A oficialidade da decretação não autoriza qualquer arbítrio judicial. Ojuiz, aí, julga, se bem que sem ser pressuposto necessário a provocação das partes. Decretar ou pronunciar de ofício apenas significa dispensar postulação. A descoberta da incapacidade processual tem de ser antes de passar em julgado, *formalmente,* a sentença; depois, só pelos meios rescisórios pode ser atacada. O juiz não pode anular uns atos e outros não (J. Trutter, *Das osterreichische Zivilprozessrecht,* 324); salvo caso de divisão do tempo processual em época de capacidade e época da incapacidade processual.

Não é possível ao juiz salvar alguns atos e outros não (Rudolf Pollak, *System*, 136). O próprio juiz, que declare de ofício, não a nulidade, mas a incapacidade processual, pode marcar o “prazo razoável” do ari 13.

Só se suspende para o processualmente incapaz, ou para o irregularmente representado, ou presentado. Em tudo que não precise da presença dele, ou do advogado dele, prossegue o feito.

A sanação ou o suprimento da falta não se pode operar se também há incapacidade de ser parte, ou alguma sentença, com força de coisa julgada, já apreciou os atos praticados em juízo pelo procurador (Friedrich Stein, *Uber die bindende Krafl,* 21; Eisler, Die Prozessvoraussetzungen, *Grflnhuts Zeitschríi*, 17, 587 s.).

Os atos jurídicos, regidos pelo direito material, são tidos, se não houve consentimento, como *anuláveis* (Código Civil, arts. 239 e 259). Quanto aos atos processuais *há nulidade,* mas há a sanabilidade, conforme o ari 13, que fala de prazo razoável para que se sane. As sanções, se não cumprido o despacho, são diferentes para o autor, decretação da nulidade do processo; para o réu, a eficácia da revelia (cf. arts. 13, II, e 319-322); se interveniente, 89 Trata-se de um dos

casos de extinçSo do processo sem julgamento do mérito, a que se refere o ari 267, xi.

que só é assistente, é posto fora do processo. Se o terceiro se quer fazer litisconsorte do autor, com a admissáo deixaria de ser terceiro, e apenas não figura no processo, pois háo autor ou os autores que continuam na relação jurídica processual. Se litisconsorte do réu é o que quer ser, e não cumpre o que se lhe impôs, para o suprimento, não entra na relação jurídica processual e, assim, como terceiro não entra no processo. Se alguem se apresenta como opoente, e as exigências da capacidade processual e de regularidade da representação não foram cumpridas, há a sanabilidade, e tal opoente, haja ou não tido o reconhecimento da oposição por algumas das partes (ari 58), tem de atender ao despacho que mandou ser sanado o defeito. Se não atende, o juiz tem de decretar a nulidade do processo da oposição. Trata-se de uma ação, a ação de oposição, que se propõe, em que hão de ser réus os opostos citados. Pode até acontecer, posto que sem frequência, que algum autor ou réus hajam infringido a regra jurídica da representação, devendo sanar o defeito. Terceiro, ele só é na ação entre os opostos.

5. Revelia por falta ou por defeito O réu, que tinha de ser citado, não o foi, porque a citação ocorreu com pessoa que tinha nome semelhante, ou não era o representante, ou o presentante, da pessoa demandada, de modo nenhum se há de supor revel. A revelia somente pode acontecer se a pessoa está na relação jurídica, embora com alguma falta ou defeito. Vamos aos exemplos: *a)* foi citada na pessoa do diretor a sociedade e a presentação tinha de ser por dois ou mais diretores, e houve a suspensão do processo, com a notificação à sociedade para que se fizesse presentar com o numero suficiente de diretores; *b)* um diretor ou diretores haviam dado procuração a alguém e foi alegado que o número não era suficiente para outorga de poderes, caso em que se há de citar a sociedade. Se o titular do pátrio poder, ou o tutor, ou o curador apresentou documento de identidade que não se tem como regular, não pode haver revelia. Se o titular do pátrio poder, ou o tutor, ou o curador, não fez tomar parte no processo o relatívamente incapaz, também não. Se não houve a citação necessária do outro cônjuge, tal como exige o ari 10, parágrafo único, ou o relativamente incapaz não fez ser citado o titular do pátrio poder, ou o tutor, ou o curador, também não. Advirta-se que, nesses casos, é indispensável que o autor tome as providências. Ele éque tem de as tomar.

O réu é revel, se foi citado, e a providência a ele, e não ao autor, cabia.

O ari 13, II, tem como pressuposto ter de ser a pessoa que se pretende seja réu aquela a quem incumbe a providência. No caso de relativamente

incapaz, o que pode dar-se é falta de quem o assista, e então tem o juiz de nomear curador especial (ari 90 1).

Mesmo se houve edital de citação, ou com hora certa, de cônjuge, que não compareceu porque os dois tinham de ser citados, não se há de invocar o ari 13, II, pois cabe ao juiz nomear curador à lide (ari 90, II).

6. Terceiro e exclusão do processo Se a situação do terceiro é correspondente à de autor, a que caberia a providência, há a exclusão. Se a situação é correspondente à de réu, tem-se de afastar a exclusivibilidade, se não era a ele que competia a providência.

No ari 13, III, fala-se de terceiro, que será excluido do processo. Trata-se, portanto, de terceiro que interveio no processo. Enquanto o litisconsorte do réu é réu e o do autor é autor, ainda que tenha ocorrido superveniência, o assistente continua como figura de terceiro, a despeito da posição que assumiu. Quanto ao opoente, se um dos opostos reconheceu a procedência do pedido, contra a outra parte prossegue ele (ari 58). Se não há reconhecimento, corre a ação do opoente, cabendo ao juiz julgar simultaneamente a ação e a oposição, mas com a cognição dessa em primeiro lugar (ari 61). Aí, terceiro continuou de ser o opoente, sem se incluir no ari 13, III.

Quanto ao assistente do autor, não se poderia ver nulidade no processo, por não ter cumprido o despacho do juiz (ari 13). Tem-se de considerar terceiro, no sentido do ari 13, III, mas apenas se lhe nega assistência. Quanto ao assistente do réu, também se há de invocar o ari 13, III. Não revelia. Quando ao opoente, é terceiro, e não se inclui no processo pendente: há outra ação e, pois, outro processo, e aí é que pode ser aplicado o ari 13, 1. Na nomeação à autoria, se aceita a nomeação, contra ele corre o processo (ari 66) e é considerado réu, e sujeito ao ari 13, II, salvo se o autor recusou a nomeação. No caso de litisdenunciação, a comparência do denunciado àlide pelo autor faz o denunciado à lide ser litisconsorte do denunciante (portanto, autor). Se o comparecente foi litisdenunciado pelo réu e há comparência e aceitação, tem o juiz de aplicar o ari

13; se é revel ou apenas comparece para negar a qualidade que lhe é atribuida, não se há de retirar, a despeito disso, que o juiz entenda necessária a medida do ari 13, 1a parte e 2a parte, II, caso em que há revelia no que concerne ao assunto do ari 13, e não só da ação. Quanto ao chamamento ao processo, tudo se passa como a respeito da litisdenunciação pelo réu (arts. 77-80 e 72). Os embargos de terceiro são outra ação, tal como se passa com a oposição.

Capítulo II

DOS DEVERES DAS PARTES E DOS

SEUS PROCURADORES

Seção 1

Dos Deveres

Ari 14. Compete às partes e aos seus procuradores:

1 expor os fatos em juízo Conforme a verdade');

II proceder com lealdade e boa-fé2);

III não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento3); IV não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaracão ou defesa do direito4).

1. Dever de verdade O *dever de verdade* (= dever de veracidade) impõe que o autor e o réu apresentem fatos verídicos e não alterem, intencionalmente, os fatos apresentados.

O ari 14, 1, fala do *dever de verdade* ("expor os fatos em juízo conforme a verdade"); II, do *dever de lealdade e de boa-fé;* III, do *dever de não desatender aos pressupostos do suporte fáctico das regras jurídicas;* IV, do *dever de não produzir provas inúteis ou desnecessárias* relativas ao direito, à pretensão e à ação. No ari 16, há a responsabilidade do autor, do réu ou do interveniente, pelas perdas e danos, se pleiteou de má-fé. Interveniente, pois que é terceiro, entenda-se, e também o assistente. No ari 17 apontaram-se os casos de má-fé, o que atende aos princípios constantes do ari 14.

Tanto se falta à verdade com afirmações falsas, ou negações falsas, como também com omissão de algum fato, ou de alguns fatos, que sejam básicos no processo e no julgamento. O ari 17, 1-111, explicita o que se há de considerar infração da verdade e pode ser efeito de má-fé.

Não se diga que a atitude do juiz, nos exames a que o ari 14 o leva, tendo arbítrio, seja discricionário, como alguns têm aventado. Se bem que “discreto” e “discricionário” venham de “cernere”, são de diferentes significados, como

“discernir” e “secreto”. O juiz tem de examinar, fielmente, se ocorreu alguma infração dos deveres das partes ou do procurador. Aliás, a infração pode ser da parte, ou do procurador ou do advogado, a que o procurador outorgou poderes. Tanto o Código não deixou sem limitações a apreciação dos deveres e de suas violações que inseriu as espécies no ari 17.

A despeito dos deveres das partes, é de advertir-se que o ari 347, 1, retirou a obrigação de depor sobre fatos criminosos ou torpes que lhe fossem imputados. Acertadamente, porque tal exceção é implícita no conceito de dever de sigilo, o ari 347,11, a isso se referiu. Todavia, nas ações de filiação, de desquite, de divórcio e de nulidade ou anulação de casamento, háo dever de depor mesmo se foram imputados ao depoente fatos criminosos ou torpes, ou a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo (ari 347, parágrafo único).

Se comparamos os arts. 14 e 17 com o ari 406, vemos que o código tratou diferentemente, e tinha de ser assim, dos deveres das partes e dos deveres das testemunhas. No ari 347, II, diz-se que a parte não é obrigada a depor sobre fatos a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo, o que também se pôs, quanto às testemunhas, no ari 406, II; mas, ainda aí, há a exceção quanto às partes, se o assunto é de ação de filiação, desquite, divórcio ou nulidade e anulação de casamento (ari 347, parágrafo único).

As partes e seus representantes e presentantes ou advogados têm o dever de fazer as suas comunicações de fato e enunciados de fato com inteireza e veracidade (= sem omissão, que lhes altere a verdade).

Quem omite, de jeito a não ser veraz, falta ao dever de veracidade. Quem expõe os fatos como não foram, ou não são, ou diferentemente do que foram, ou são, ainda que só ou nada lhes acrescente, não procede verazmente. Tem-se

pretendido que o dever de veracidade derrogou, ou, pelo menos, modificou, o princípio chamado dispositivo; mas, com isso, não se atende a que a coexistência dos dois princípios é que, nos resultados, dá ao princípio dispositivo contactuação que não aconteceria se não existisse o dever de verdade.

Ao ter monopolizado a justiça e prometido a todos os homens e às pessoas jurídicas a tutela jurídica, tinha o Estado de estabelecer regras jurídicas que criassem deveres às partes, aos seus representantes e procuradores, inclusive advogados, bem como das testemunhas, dos peritos, dos intérpretes, dos funcionários e serventuários de justiça e dos próprios juizes. O Código, nos arts. 14-45, não falou dos representantes, mas havemos de entender que a eles se estende o que se estatuiu para as partes e para os procuradores. Quem presenta e quem representa procede como o presentado, de que é órgão, ou como o representado, de que toma o lugar sem lhe riscar a presença. O Estado tem de dar a todos o devido tratamento, tanto mais quanto a ninguém prometeu sentença favorável, promete a quem tenha razão e é isso que se tem por fito no processo. Cada parte pode alegar o que lhe parece conveniente à obtenção da sentença favorável. Para isso, tem de provar o que disse, para que, com exame das alegações de todas as partes e do que ficou provado. Talvez só em parte tenha razão um dos litigantes, ou nenhum deles tenha. As missões das partes podem dar ensejo a que se tenham por verdadeiros os fatos alegados pela outra parte *(e. g.*, arts.

319, 320 e 359). No ari 339 está explícito que ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade; e no ari 340 apontam-se tais deveres, além dos que foram enumerados no ari 14; comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado; submeter-se à inspeção judicial, que for julgada necessária; praticar o ato que lhe for determinado.

O dever de dizer a verdade era tido como dever moral, por faltarem nas leis de alguns países de alto nível do direito processual civil, como a Alemanha, regra jurídica a respeito. Depois, na Ordenação Processual Civil alemã, ~ 138

se inseriu. E o que se chama dever de verdade (*Wahreitspflicht).*

O

dever de que se cogita no ari 14 contém o de só dizer o que éverdadeiro e de não

omitir fato que tem de ser referido, porque tanto é mentir dizendo que existe *a* ou que não existe *a* como a respeito do que tinha de expor deixou de expor *a.* Por exemplo: alegou-se que A não pagara a dívida, mas deixou de dizer que B pagara por ele, ou que o próprio credor estava informado de que A havia depositado a quantia na conta bancária do credor, através de outrem, que assinara o cheque. Não se precisa, no direito brasileiro, fazer-se diferença entre dever de verdade (expor os fatos em juízo conforme a verdade) e o dever de não omitir (*Vollstãndigkeitspflicht).* No ari 14, 1, o dever de expor os fatos conforme a verdade: tanto ofende a verdade dizer-se que ocorreu *a*, se *a* não ocorreu, ou, em vez de *a*, aconteceu *b,* como deixar de expor o fato *c,* que foi o que se deu, ou que se deu junto *a* ou a *b.*

Se a parte não sabe ter havido o fato *c,* ou o fato *d,* não tem dever ou faculdade de expor o que lhe era estranho, *afortiori* de afirmá-lo. O dever de nulidade é relativo ao que foi exposto. Mas, se foi outra parte que expôs, ao ter de manifestar-se a respeito, a qualquer parte que deponha, se diz que do fato tem conhecimento, corresponde dever de verdade.

Quando uma parte se engana a respeito de um fato, tem de dizer por que o afirmou, ou o negou. Não deve qualquer parte expor como verdadeiro o que apenas lhe parece provável, posto que possa expor o que lhe parece ter acontecido, com a ressalva de que apenas lhe pareça ou suspeita. Aí, ela não ofende o dever de verdade perante a justiça, porque incerteza pode acontecer a qualquer pessoa, mesmo a juiz que aprecia os fatos que foram expostos pelas partes.

As partes têm a escolha dos fatos que hão de apontar ao exame judicial, mas, no expô-los, qualquer delas não pode deformá-los, podá-los, aumentá-los, no que tenham importância para o processo. Porque os fatos, que são trazidos ajuizo, podem ser favoravelmente utilizados ou desfavoravelmente utilizados contra quem os comunicou ou enunciou. Isso não significa que o autor tenha de mencionar fatos que serviriam a reconvenção por parte do réu, ou alguma ação de diferente fundamento. Certamente, a verdade éobjetiva. Mas o que se entende por dever de veracidade (= dever de verdade) é o dever de manifestação do que elas consideram verdade. Se A’ ignora que o pai do réu figurava como devedor, porque queria doar a A, mãe de A’, nenhuma manifestação não-veraz faz A’, porque há duas séries de fatos, uma conhecida por A’, e outra, desconhecida por ele mas conhecida por B’, réu, ou por B, mãe do réu. Por isso mesmo, a se o

autor cobra a quantia inteira da dívida e cala que o réu pagara a parte, o autor falta à verdade. Todavia, se o autor cala, em defesa da honra, ou sendo crime, não se há de considerar infração do dever de veracidade o calar o ato indigno ou criminal. Também não falta à verdade o autor que cobra a dívida, e ignora que, após a estada no banco, o réu pagara a dívida, sem exigir o título. O banco não lhe comunicara o pagamento.

Os procuradores, representantes, presentantes e advogados têm dever de veracidade, razão por que, se já conhecem o que o procurado ou cliente conhece, têm de manifestar o que o procurado ou cliente conhece, tal como vieram a conhecer, ou, se ainda não estão inteirados, se devem inteirar, ainda que precisem de prazo, o que se lhes há de deferir.

A ocultação de fato que seria relevante para o solução da questão, inclusive a simples alteração, pode caracterizar a infração do dever de veracidade (lO Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Justiça de São Paulo, 12 de outubro de 1948, *R. dos T.*, 177, 651).

(Ari. 14)

O dever de verdade nasce entre as partes e O Estado, e não entre as partes. Já existe quando existe a pretensão à tutela jurídica e começa de ter de ser observado desde que se inicia o exercício da pretensão à tutela jurídica.

Preexiste ao processo, de modo que já o pode infringir quem expoe fatos em petição inicial ou em ação preparatória.

No plano do direito material, onde existe direito à verdade e, portanto, dever de verdade, há direito *erga omnes,* de que sujeito passivo também éo que vai ser, ou é parte processual. Tal direito tem como correlato dever, também *erga omnes,* por se tratar de direitos e deveres absolutos, como direitos e deveres de personalidade que são *(Tratado de Direito Privado,* VII, ~§ 736 e 733,6, XVI, ~ 1.880, 11, e XVII, § 2.104). O dever de verdade ligado ao exercício da tutela jurídica é entre a parte e o Estado. Pode dar-se que a infração do dever de verdade, no campo do direito processual~ também seja infração de dever de verdade no campo do direito material, inclusive penal.

Não é o direito processual que há de responder se houve essa infração, nem,

tampouco, quais sejam as consequências dela.

O

dever de verdade, que tem a parte, não se estende ao de dizer qual a regra jurídica existente, válida ou eficaz.

Somente se refere a sistema jurídico, tal como podia parecer. As partes e seus procuradores podem ignorar a existência de uma regra jurídica, ou de uma lei, ou a sua constitucionalidade ou a sua incidência (eficácia).

Contudo, mesmo a respeito de fatos, pode ocorrer que a parte, apesar de não ter razão no que afirmou ou negou, não sabia que errara *(e.g.*, as informações que tinha eram outras que as verdadeiras). Não se pode dizer que estava de má-fé o litigante, que deduziu pretensão ou defesa, se havia razão para ele ignorar o que se passara. Para que, por exemplo, se possa reputar de má-fé quem omitiu fatos essenciais ao julgamento da causa, é de mister que tal omissão tenha sido intencional. Tem-se de ir ao exame subjetivo; não basta a objetividade.

O

dever do advogado é mais profundo~ no que concerne à justiça do pedido, ou da contestação, do que o da parte (às vezes, aliás, ela também o é, mas se exonerou de advogarem causa própria). Quanto aos fatos alegados~

quase sempre é a parte que os aponta, e o advogado busca as provas respectivas. Quanto ao advogado, a Lei n0

4.215, de 27 de abril de 1963, ari 103, VII e xXIII,9 considera infração disciplinar advogar contra literal disposição da lei, deturpar o teor do dispositivo de lei, de citação de livro de doutrina ou de algum julgado. Se um advogado ignora uma regra jurídica, que outros poderiam ignorar, não é de afastar-se que não tenha havido má intenção, e até mesmo infração disciplinar.

O

dever de verdade somente se refere a circunstâncias e dados fácticos. Não a conteúdo de regras jurídicas, ou a prevalecente interpretação delas, ainda que haja discordância entre o que a parte sustenta, *e.g.*, como advogado de outras

causas, e como parte, autor ou réu, no feito de que se trata. Se o autor apenas litigou, improcedentemente, por ter partido de errada interpretação de regra jurídica, não se caracteriza, sem que outros elementos hajam ocorrido,9' lide temerária (Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 24 de julho de 1947, *A. J.*, 89, 80).

O

dever de veracidade contém em si o *dever de conipletitude* (Pflicht zur Vollstandigkeit). As partes têm de narrar o ocorrido, expor os fatos, de modo que não omitam o que fundamentaria objeção, ou réplica, ou outra contra-exceção do adverso, salvo se os fatos de que provieram ou provêm são outros, sem ligação jurídica, ou se a exceção é independente. O credor por dívida prescrita não precisa manifestar que se deu o fato da prescrição: ao devedor é que toca opor a exceção. Nem a regra de direito privado concernente a cobrança de dívida extinta é invocável a respeito de cobrança de dívidas prescritas (= dívidas a que prescreveu a pretensão). Por isso mesmo que a exigência de completitude apenas é parte da exigência de veracidade, somente consiste em ter a parte de manifestar o que conhece.

Não é infração do dever de completitude, nem do dever de veracidade, que o contém, o deixar-se de narrar, expor ou mencionar o que apenas épossível, ou verossímil, sem que tenha certeza o manifestante. Se o que ele alega se baseia em fato verossímil, nem por isso fica a parte privada de expor, esperando que a afirmação ou a negação da outra parte mais fortaleça ou afaste a suposição.

O

dever é de veracidade, de lealdade subjetiva. O que se exige é que exponha o que conheça, sem que se vede proposição que a parte possa afirmar ser verdadeira, nem que tenha de restringir os seus ataques ao que a outra parte considere inverídico. Por outro lado, a parte tem o dever de manifestar que, quanto a alguma proposição que ela tinha por falsa, sabe, agora, ser verdadeira, ou que, quanto a alguma proposição que ela tinha por verdadeira, sabe, agora, ser falsa (Leo Rosenberg, *Lehrbuch,* 5~ ed., 268).

As manifestações de vontade em confissão, reconhecimento ou renúncia, não estão sujeitas ã verificação de veracidade, e há nas leis regras

jurídicas sobre a não-comparência e a recusa de depor, e a possibilidade de retratação por erro, ou dolo, ou violência. Tais manifestações são eficazes ainda se verdadeiras não são (Leo Rosenberg, *Lehrbuch,* 5a ed., 268).

O dever de veracidade abrange todos os fatos manifestáveis, oral ou escritamente, em ações declaratórias, constitutivas, condenatórias, mandamentais ou executivas, em processo ordinário ou especial, em qualquer grau da justiça.

O juiz tem de não levar em conta o que ele considera proposição falsa da parte, ou das partes. Se ele chegou a tal convicção, tem de declará-lo (a cognição da inverdade tem como *decisum* declaração de falsidade; Leo Rosenberg, *Lehrbuch,* 5a ed., 269) e tal julgamento é *prius* em relação ao resto do que lhe cabe julgar. Não pode o juiz obrigar a parte, tida por não-veraz, a reconhecer a inveracidade total ou parcial do que manifestou; mas tem a parte de suportar todas as consequências do julgamento, dentro da eficácia sentencial *in casu.*

Se há infração do dever de veracidade, tem o juiz de afastar o que, nas declarações ou manifestações das partes, considere, com fundamentação, não-veraz, quer sejam comunicações expressas, quer tácitas, quer se trate de enunciados de fatos, que ocorreram. Não pode o juiz admitir o que o autor ou o réu haja intencionalmente afirmado ser verdade. Por outro lado, a infração do dever de verdade pode causar dever de indenizar92 por ato ilícito absoluto, com ou sem culpa, conforme os princípios expostos no *Tratado de Direito Privado,* tomo VII, ~ 736 e 733, 1. Está superada, aí, a opinião, que somente via, na espécie, a indenização fundada na culpa *(e.g.,* Adolf Schõnke, *Lehrbuch,* 7~ ed., 29; com razão, Heinrich Titze, Die Wahrheitspflicht im Zivilprozess, *Festschríifúr* Franz Schlegelberger, 184 s.; e Leo Rosenberg, *Lehrbuch,* ~a ed., 269).

O ari 18 cogita de sanções processuais (as do ari 16), e das custas e honorários de advogado. Não se preexcluem sanções de direito material, desde que o ilícito se caracterize, ainda sem culpa (1~ Câmara do Tribunal de Justiça da Paraíba, 5 de setembro de 1947, *R. F.,* 115, 192: "... a quebra desse dever processual pode tornar a parte incursa em dolo e sanções legais correspondentes"). Já dissemos que, aí, é o direito material que diz se houve a ofensa e quais as suas consequências.

A lei não exige, quer para invocação do ari 16, quer do ari 18, o elemento do dolo. O juiz, nas espécies do ari 18, não tem qualquer arbítrio,quanto à pena, nem cabe falar-se, aí, de "bom arbítrio do juiz no exame das circunstâncias que a autorizem", como fez a 2a Turma do Supremo Tribunal Federal, aS de outubro de 1948 *(R. F.,* 122, 420). São de evitar-se confusões entre o conceito de indenização e o de custas e honorários, ao que não se forra o acórdão da ~a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a 10 de dezembro de 1946 *(R. dos T.,* 182, 357). Certas, a ía Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a li de março de 1947 *(R. dos T.,* 167, 264), a 2~ Câmara Civil, a 11 de novembro de 1947 (175, 585), a

Câmara Civil, a 18 de junho de 1948 (176, 270), a 3~ Câmara Civil, a 25 de novembrode l948(173,753),eo l0GrupodeCâmarasCivis,a29dejunho de 1948.

Nemo videtur fraudare eos qui sciunt et consentiunt. O princípio traduz que a parte ciente e consciente da má-fé da outra parte não se tem como fraudada; não pode esperar a condenação do adverso.

Não se diga que os arts. 20 e 31 são mera aplicação, ou série de regras subsumidas no ari 16. Neles, em vez do que se passa no ari 16, a atuação da justiça é disciplinar, independente mesmo de requerimento das partes, exercida, algumas vezes, de ofício. O texto não exige qualquer provocação. A lei, que fez a condenação nas custas livre de qualquer pedido, foi coerente em atribuir ao juiz a eficiência fiscalizadora. A despeito da parecença entre o abuso do direito e a figura de delito disciplinar das regras referidas, éacertado evitar-se a confusão de princípios.

A má-fé a que se refere o ari 16 é a unilateral, ou seja, subjetivamente singular ou plural; ou a bilateral, nociva a outra parte do processo, caso que escapou ao acórdão da 3~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, a 15 de maio de 1940 *(A. J.,* 54, 308). Simulação ou fim proibido por lei, de que cogita o ari 129 é necessariamente bilateral, mas a sua característica está em ser lesivo a terceiro ou à lei *~fraus legis)* ou a interesses que a lei põe ao cuidado dos órgãos judiciais. A má-fé do ari 16 pode excepcionalmente ser bilateral, se o prejuízo é a alguma figura de parte ou pessoa equiparada à parte. Ambos os agentes (arts. 16, 18 e 129) são *iniprobus litigator.*

A ía Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 11 de novembro de

1940 *(R. dos T.,* 129, 150), julgou que a regra jurídica, que hoje é a do ari 1 8, não se aplica aos processos de falência, o que evidentemente aberra dos princípios, pois as regras da Parte Geral do direito processual são comuns a todos os processos especiais, estejam ou não no Código.

As partes e, com elas, 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 apuração 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.

Requisitos, esses, que exigem democracia e liberdade, como princípios de estruturação da vida, e formação moral com princípios de substância. Se a parte, o procurador, ou o advogado, articula, 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 sabia estar falseando os fatos.

2. Lealdade e boa-fé *Lealdade,* por seu étimo, é legalidade; mas nem todas as leis são regras jurídicas: há regras morais, éticas, regras artísticas, estéticas, regras de usos e costumes, regras religiosas (fora das regras jurídicas religiosas), regras econômicas, regras políticas, regras científicas, regras de moda, e muitas outras. No sentido em que o ari 14, II, emprega a palavra, é ode sinceridade, fidelidade, o que exige não só verdade do que se diz como também o dever de não omitir. Por isso, no século do descobrimento do Brasil, quem passava por alfândegas tinha de dizer o que trazia ou levava sujeito a tributos e o que não era tributável, *lealdava,* e o lealdamento revelava que se não estava contrabandeando *(e.g.,* Foral de 15 de outubro de 1587, Cap. 89 e s., 122 s., e Regimento de 2 de junho de 1703, Cap. 77 e s.). A expressão surgira, muito antes, para se aludir ao que era "lei" sem ser regra jurídica, mas de *lex* vem de *legare,* como *coilega, legere* (lei) e muitas outras palavras, como *legitimuni, privilegiuni, dele gare, alIe gare* (citar um exemplo).

No ari 14, II, há o dever de proceder, por atos, inclusive gestos, ou palavras, com

sinceridade, mesmo se não se trata de veracidade do que se diz ou se aponta.

Quanto à boa-fé, o texto da lei, que pune a má-fé (arts. 16-1 8), aqui (ari 14, II) apenas exige a intenção pura, isenta de maldade ou de previsão ruim. As leis tiveram de proteger a posse de boa-fé e as aquisições de boa-fé e de desobrigarem de restituir o que com boa-fé se despendeu (cf. Assento de 5 de dezembro de 1770). Se não há boa-fé, ou há indiferença às consequências ou há má-fé. A indiferença às más consequências, se no caso era de exigir-se cuidado, pode ser tida como falta de boa-fé.

A lealdade é dever que existe dentro e fora da justiça. Repele-se a hipocrisia, o embuste, a própria provocação.

Quem, em ação contra B, para reivindicar um bem, em vez de só expor o que deu ensejo à propositura, diz que o possuidor das terras reivindicadas vivia com uma senhora vizinha do autor da ação, procede deslealmente porque isso nada tem com a causa.

Quanto à boa-fé, é preciso que se distinga do erro, porque se pode errar sem má-fé. É difícil ocorrer que haja má-fé na alegação de regra jurídica, porque todos têm o dever de conhecer a lei, máxime o juiz; mas não se pode eliminar, de modo absoluto, a má-fé na exposição do direito, posto que *error iuris non inducit mala fides.*

3. Direitos, pretensões, ações e exceções, e remédios jurídicos processuais
Quando se diz, no ari 14, III, que compete às partes (lato senso) e seus procuradores “não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento”, o que se há de entender éque têm eles o dever de somente exercerem pretensão pré-

processual cientes de que têm fundamento. Pretensão, direito, ação, açao , exceção, ou qualquer remédio jurídico processual. Quem se insere no processo como, se terceiro que é, pudesse fazê-lo, e *sabe* que não podia fazê-lo, formula ou alega, em defesa, “ciente” de que está sem fundamento o que formulou ou alegou. Era de seu dever não ter tal conduta. O ari 14, III, apenas explicita espécies que cabem no ari 14, 1 e II.

Não se diga que só se refere o ari 14, III, a fundamento de fato. Todas as

pretensões, ações, exceções, “ações” e outros remédios jurídicos supõem fatos e regras jurídicas. O juiz é que vai decidir, mas o que o autor pede e o que o réu pede na defesa tem de ser formulado por aquele e alegado por esse, sendo impossível admitir-se que só se referissem fatos e não se pusesse nada de jurídico na petição ou na defesa. Estar ciente de ser destituído de fundamento o que formulou ou alegou pode ser quanto a fatos e quanto a regras jurídicas. Se formulou ou alegou o que lhe parecia ter fundamento não infringiu o ari 14, III. A regra jurídica do ari 14, III corresponde ao ari 103, VII, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.93

4. Atos e provas sem necessidade ou utilidade O ari. 14, IV, não exige que tenha havido má-fé, ou falta de sinceridade ou de lealdade ou boa-fé (ari 14, 1-111): supõe que a prova que se produziu, ou se fez produzir, tinha sido desnecessária ou inútil. Há provas e atos que não são necessários, segundo a lei de direito material ou de direito processual, mas são úteis, ou podem ser úteis. O dever é o de não se meter no procedimento, ato desnecessário e inútil ou prova desnecessária e inútil.

93 Ver o ari 34, Vi, de Lei n0 8.906, de 4 de julho de 1994.

(Aris. 14 e 15)

No ari 14, IV, fala-se de “declaração ou defesa do direito”. O que se quis dizer foi que é dever das partes e de seus procuradores nao produzirem provas, nem praticarem atos inúteis ou desnecessários à declaração (à afirmação) do seu direito ou à sua defesa contra o que foi afirmado. Declaração, aí, não está no sentido de conteúdo do pedido, razão por que abrange o que está em qualquer petição (de ação declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental, ou executiva; processo ordinário, especial, sumarissimo, ou cautelar).

Ari 15. É *defeso às partes e seus advogados empregar expressões injuriosas’) nos escritos apresentados no processo, cabendo ao juiz, de oficio ou a requerimento do ofendido2), mandar riscá- las~).*

Parágrafo único. Quando as expressões injuriosas forem projeridas em defesa oral, o juiz advertirá o advogado que não as use, sob pena de lhe ser cassada a palavra4).

1. Expressões injuriosas “Injuriosa”, com o conteúdo que tem no ari 15 e parágrafo único, está em senso larguíssimo, de modo que compreende a injúria, a ofensa com palavras aviltantes, insultos e calúnias. A ofensa pode ser à parte, a seu cônjuge ou descendente ou ascendente, ao advogado, ou a quem a ela esteja ligado. Ou o juiz determina, de ofício, que se risquem as palavras injuriosas, ou a parte ofendida ou a pessoa ofendida tem pretensão à medida. Por onde se vê que não compete só ao injuriado, como estava no Alvará de 4 de abril de 1755.

A riscadura há de ser completa e eficiente, isto é, do todo e sem que permaneça qualquer parte do enunciado ou dos enunciados ofensivos.

As expressões injuriosas ou constam de algum ato processual, ou de algum documento junto aos autos ou apresentado ao juízo, seja para prova, ou não. O que importa é que o fato esteja ligado à atividade processual e ao processo.

A ofensa pode partir de qualquer figurante, quer se trate de partes, quer de terceiro que interveio, ou de presentante ou de representante. O pressuposto único é estar no processo, pois a expressão “partes”, no ari 15, está em lugar de figurantes. Não entram na classe as testemunhas ou quem responde a pedido de informações, sem que aí se afaste a ação criminal.

Se, antes de se riscar a injúria, o ofendido tiver cópia *(e.g.,* fotografia da injúria), a superveniência do riscamento não lhe retira a pretensão e a ação criminais.

Pergunta-se: se a injúria parte de oficial da Justiça, ou de perito, ou de avaliador, ou outro que preste serviço, público ou privado, no processo, i,cabe a medida da risca? Há duas soluções: ou se reputar estranho ao ari 15

quaísquer dessas injúrias, o que se encontra em decisão que Melchior Febo *(Decisiones Senatus Regni Lusitaniae,* II, Aresto 103), refere, por ser ato punível com a incidência de outra regra jurídica; ou se entendeu inclusa no ari 15

qualquer expressão injuriosa que ocorra no processo. Temos de seguir a primeira, porque o assunto é de outra legislação, inclusive a dos regimentos judiciários.

Todavia, se a expressão injuriosa, ou as expressões injuriosas constam de ato do oficial da Justiça, ou de alguém que funcionou no processo ou para ele, consta

dos autos, pode o juiz, de ofício, ou a requerimento do ofendido (que pode não ser parte), mandar riscar o que está escrito, inclusive datilografado. O assunto pode ser delicado, como se a expressão injuriosa é àpessoa que não figura no processo; por exemplo, foi na perícia ou vistoria que se injuriou alguém. Isso não se prende às partes ou aos advogados, razão por que não se há de invocar o ari 15 e o parágrafo único. A injúria pode dar ensejo ao ofendido propor ação penal ou civil.

Na Lei n0 4.215, de 27 de abril de 1963 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), o ari 87, IX e XIII,94 põe entre os deveres dos advogados "velar pela dignidade da magistratura, tratando as autoridades e funcionários com respeito e independência, não prescindindo de igual tratamento" e "tratar com urbanidade a parte contrária e seus advogados, as testemunhas, peritos e demais pessoas que figurem no processo, não compartindo nem estimulando ódios ou ressentimentos".

2. Legitimação ativa para o requerimento O ari 15 fala de mandado de risca, de ofício, ou "a requerimento do ofendido". A isso já aludimos na nota 1), mas temos de atender que, em processo, ofender à parte, quer seja autor, quer seja réu, ou interveniente, mesmo simples assistente, não é só injuriá-la. Assim a concepção luso-brasileira foi atendida.

3. Riscadura A injúria pode ser feita pelo advogado do autor, ou de qualquer outro figurante, quer por escrito, quer oralmente. Uma vez que foi escrita, tem de ser riscada. Riscar está, aí, em sentido amplo, que é o de apagar.

Depende do que a escrita serviu a medida que se há de empregar, porque nem sempre podem apagar riscos. Há materiais que o não permitamou dificultam o completo e eficiente desfazimento. Se só a destruição é suficiente, é isso o que tem o juiz de mandar que se leve a cabo, se cabível.

4. Defesa oral pelo advogado Quer se trate de advogado do autor, quer de outro figurante, a injúria em enunciado oral, quando no exercício da função, o juiz ou Presidente da Câmara, Turma ou Tribunal tem de advertir o advogado que proferiu algo de injurioso, ou começou a proferir. Posto que o ari 15, parágrafo único, se refira a

"expressões injuriosas proferidas em defesa oral", havemos de interpretá-lo

como alcançante dos apartes de algum advogado, ou de algum figurante.

A sanção, que de ordinário é oral, mas tem de constar da ata, consiste na cassação da palavra. Não pode ele continuar a defesa, se, após a advertência, não respeita o que lhe ordena o juiz. Não é preciso que esse, ao advertir, haja cominado, expressamente, a pena. A pena da cassação da palavra aplica-se logo que há o desatendimento e apenas depende da declaração do juiz, por exemplo: "está cassada a palavra", "rêtire-se da tribuna o advogado".

Se há outro advogado presente, assume o encargo imediatamente.

Pergunta-se: cassada a palavra, estando em audiência e julgamento a ação, inclusive em superior instância, e sendo indispensável a presença de advogado, como há de proceder o juiz? A melhor solução é a de suspender a audiência e aguardar que outro advogado tome a palavra, ciente de tudo a parte, ou de chamar à audiência outro advogado, se dois ou mais foram mencionados pela parte. A falta do advogado, pela retirada da palavra, que seria prejudicial ao outorgante, compõe a figura da "irregularidade da representação das partes" (ari 13), de modo que "o juiz, suspendendo o processo, marcará prazo razoável para ser sanado o defeito". Nomeação de advogado que chegou a esse ponto de injuriosas expressões e perda da palavra foi outorga de representação com defeito, que se sana com a nomeação do outro.

Seção II

Da Responsabilidade das Partes por Dano Processual

Ari 16. Responde7) por perdas e danos2) aquele que pleitear de má-fé')3) como autor, réu6) ou interveniente.

Ari 1 7•95 *Reputa-se litigante4) de má -fé aquele que.~ 1deduzir pretensão ou defesa5), cuja falta de fundamento não possa razoavelmente desconhecer5 11alterar intencionalmente a verdade dos fatos9); III omitir intencionalmente fatos essenciais ao julgamento da causa"'); IV usar do processo com o intuito de conseguir objetivo ilegal"); V opuser resistência injustificada ao andamento do processo'2); VIproceder de modo temerário em qualquer*

incidente ou ato do processo'~);

VII provocar incidentes manífestamente infundados'4)

1. Danos e má-fé no pleito Diante dos males que o exercício do direito, inclusive das pretensões e ações, quer fora da Justiça, quer dentro

dela, os sistemas jurídicos tiveram de procurar fundamentos para a repressão. Compreende-se, por isso, que alguns não se refiram a abuso do direito, ou a ele se refiram e busquem explicar-lhe o conteúdo; e outros não aludam ao abuso do poder e desde logo só busquem o *dano* e a *má-fé*, aquele, elemento objetivo, e esse, subjetivo. No Código de Processo Civil de 1973 fala-se dos dois elementos (ari 16) e em seguida se tenta revelar o que se há de entender como má-fé (ari 17). O Código de Processo Civil de 1939 começou por assentar a responsabilidade pelos danos com os três pressupostos subjetivos (ari 30: ~'... intentar demanda por espírito de emulação, mero capricho, ou erro grosseiro") e só após (ari 30, parágrafo único) empregou o nome global ("abuso de direito"), ao tratar do réu no exercício dos meios ("de defesa quando o réu opuser, maliciosamente, resistência injustificada ao andamento do processo"). Não havia razão para o tratamento desigual: demandante e demandado tinham de ser apontados com igual apreciação.

O texto de 1973 é melhor. Convém que examinemos o conceito de "abuso do direito", aliás do abuso do exercício do direito, e do "pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente".

95 O ari 17 do Código de Processo Civil vigora, atualmente, com a seguinte redação, dada pelo ari l'daLei n'6.771, de 27.3.80: Ari 17 Reputa-se litigantederná- féaqueleqtie: 1deduzir pretensão ou defesa Contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II alterar a verdade dos fatos; III usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV

opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V proceder de modo temerário cm qualqLmer incidente ou ato do processo; Vi provocar incidentes manifestamente infundados." O confronto entre o texto comentado por Pontes de Miranda e o texto da Lei n" *6.771/80..super-* veniente ao seu falecimento, em 22.12.79, mostra as seguintes alterações, que aqui se apontam, acompanhadas de algumas observações, fazendo-se remissão, entre colchetes, ao item, ainda hoje pertinente, do comentário ao artigo:

[1), 5), 8)] O novo texto deste inciso avantaja o anterior, demasiadamente rigoroso, incompatível com a realidade da administração da justiça no país, de aplicação difícil pela imprecisão do conceito de *nizodvel.* Aprimorando a norma, preferiu o legislador, na Lei n' 6.771/81). aplicar a sanção do ari 16 ao litigante, que deduz pretensão OU

defesa contra *texto expresso* de lei, isto é, texto manifesto, cujo comando é inequívoco; texto que só admite urna interpretação possível, como, *v.g.*, o do ari 297, conforme o qual, no procedimento ordinário, o prazo da resposta é de *15 dias,* não havendo dúvida quanto à sua extensão, devendo ela, nas suas três modalidades, ser apresentada em *peóçdo escrõa.* Não se pode dizer expresso o texto suscetível de controvérsia, como o do ari 747, onde não se esclareceu qual seja o *juízo requerido.* A determinação do conceito de *texto expresso* não exige prévia manifestação uníssona, nem dos tribunais, nem da doutrina, bastando que a norma seja inequívoca, em si mesma. O

inciso 1 estende a sanção ao litigante que postula contra fato *incontroverso,* que será, não só aquele sobre o qual não se 1~15-taurou qualquer dispirta no processo (ari 334, III; art .302, *capul,* 2' parte), loas ainda aquele que não admite dúvida quanto à sua essência, ou existência, coroo o fato de que uro documento foi manuscrito, e não datilografado, ou o de que, existindo uma clara referência à capital lederal, seja ela a cidade de Brasília (Const. 88, ari 18, ~ 1'), ou adeque, havendo a alegação de se redigir uro texto no idioma oficial do Brasil, seja ele a língUla portuguesa (Coost. 88, ari 13).

II [ari 14, 1); ari 17, 3), 9), ló)] O ari 1' da Lei o' 6.771/80 suprimiu o advérbio de modo *intencio,ialmente,* constante da redação primitiva. Não se fre. entretanto, na interpretação bistórica, que fundamenta o entendimento de que o fato objetivo da alteração chegaria para configurar a responsabilidade. Nada disso. A lei nova apenas aprimorou a redação do dispositivo, podando o advérbio supérfluo porque a norma regente do ari 16 toma indispensável a má-fé. Assim, se a alteração decorre de simples erro, fica afastada a responsabilidade. A má-fé se prova por todos os meios, não exícuídos indícios e presunções.

III

[1), 3), 11)1O atual inciso III corresponde ao inciso IV da redação anterior à Lei n0 6.771/80. substituida a frase *cone* o itrmito *de* pela preposição *para,* a qual,

tendo o mesmo significado, não altera o sentido da norma.

Mesmo no caso do ari 129, que trata da hipótese de colusão do autor e réu, ~para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei', incide o dispositivo, respondendo uro deles, ou ambos, pelo prejuízo causado a qualquer Outra pessoa, litisconsortes, terceiros intervenientes, ou estranhos.

IV

[5), 12)] Trata-se do inciso V da redação anterior à Lei 006.771/81), sem qualquer alteração, motivo pelo qual basta a retoissão aos comentários.

V [1), 3), 13)] É o inciso VI da redação anterior à Lei o' 6.771/81), fielmente reproduzido. Vejam-se, pois, os comentários. Oportuno acrescentar que *inuide,~te* é qualquer questão strrgida no curso do processo, que demanda solução para o regular desenvolvimento dele, coroo, *v.g.,* a argUição de incompetência absoluta (ari 113) ou o pedido de exibição de docurnermto ou corsa (ari 355 segs.), a contradita de testemunha (ari 414, * 1'), e não só aquelas que se processam em autos apartados, como a impugnação ao valor da causa (ari 261), ou as exceções de incompetência relativa, de impedimento e de suspeição (ari 299, 2' parte), que também possuem a mesma natureza.

VI

[1), 3), 5). 14)] Era o inciso VII da redação anterior à Lei n~' 6.771/81), que permaneceu inalterada. Sobre o sentido de *i,wide,~te,s,* veja-se a observação ao inciso V.

Erra re, no latim, corresponde a *airzjan* do gótico e a *irren* do velho alemão literário. Quem erra faz o que não estava para fazer-se, ou se deixa de fazer o que se havia de fazer, sem que se desça, em qualquer das espécies, a verificar-se ter havido ato consciente, ou omissão consciente, ou, *a fortiori,* má-fé, ou outro elemento de intenção.

Portanto, para que haja erro, não é de exigir-se que ofenda algum dos processos sociais de adaptação (religião, moral, arte, economia, política, direito e ciência). Para que até aí se vá é preciso que se adjetive a expressão "erro": erro econômico, erro político, erro jurídico, erro religioso, erro moral, erro artístico,

erro científico. Então, ocorre, dentro de um desses ramos; algo de incorreto, a que quase sempre corresponde dever ou obrigação. Por isso, em vez de aludir a erro, alude-se, no direito, a dolo, a má-fé. No ari 16, diz-se que responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente; o ari 17 mostra hipóteses de má-fé; o ari 18 refere-se ao conteúdo da indenização, se de má-fé o litigante, e os ~ l~ e 20, respectivamente, à pluralidade de responsáveis e liquidação da indenização.

Noutros lugares, o Código de Processo Civil cogita de dever e obrigação de indenizar *(e.g.,* ari 588, 1, relativo à reparação de danos causados ao devedor pela execução provisória da sentença, e ari 811, no qual, "sem prejuízo do disposto no ari 16", se aponta a responsabilidade de quem pediu medida cautelar). Aí não se tem de apurar a má-fé.

No ari 129 está dito: "Convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes". Se há litisconsorte, ou interveniente, que foi prejudicado pela colusão dos figurantes, autor e réu são responsáveis, e os arts. 16-18 são invocáveis. Aliás, conluiados podem ser autor e interveniente, ou réu e interveniente, ou intervenientes.

A responsabilidade por perdas e danos de quem pleiteia de má-fé não está heterotopicamente no Código de Processo Civil. Se só estivesse em regra jurídica de direito material, estar-se-ia a responsabilizar por atos processuais. Conveniente é que o direito material cogita do exercício de ato danoso ou de omissão danosa, inclusive o exercício de algum direito, pretensão e ação, ou do próprio exercício de direito, pretensão ou ação que não existe; e fique ao direito processual, em que há atos, omissões e julgamento do que no processo ocorreu, dizer como se há de punir quem pleiteou de má-fé. A existência dos arts. 16-1 8 do Código de Processo Civil de modo nenhum afasta a propositura da ação de indenização con.tra quem, voluntariamente, por ato ou omissão, negligência ou imprudência, viola

direito de outrem, ou lhe causa prejuízo (Código Civil, ari 159). A atitude do direito civil, a respeito, vem da antigtiidade. Além de se condenar o litigante de má-fé a indenizar os prejuízos que a parte contrária sofreu, condena-Se a pagar todos os honorários advocatícios e mais as despesas que o prejudicado efetuou.

Para a maioria dos homens, os direitos aparecem como o que eles podem fazer, cobrar, exigir. Têm das situações jurídicas em que se acham, ou em que se acha alguém, impressão de projeções do eu. O mundo éorganizado de tal forma que esses direitos, bilhões de direitos numa só cidade a propriedade dos prédios, dos móveis, das jóias, as notas promissórias, as ações, o ordenado, a entrada dos teatros e cinemas se lançam, se cruzam, sem que nunca se choquem, ou se firam. Dificilmente se compreende que haja embaraços ao exercício deles, entre si. Por que haviam de não coexistir, confortavelmente, sem se tocarem, o meu direito de autor e o direito dos outros às suas casas, ao seu quintal, à eletricidade que os serve?

Por aí se chega à concepção absolutista, atômica, dos direitos subjetivos. Nenhum depende do outro; nem ofende o outro. Movem- se, convivem, sem nunca se encontrarem. Ainda dos direitos dos condôminos, dos compossuidores, dos sócios, tem-se idéia pluralística, que não chega a ser, sequer, molecular. Linhas. Não mais do que linhas. E sem que uma atravesse a outra, ou a corte. O egoísmo humano encontra em tal noção da vida jurídica a imagem que mais lhe agrada. O indivíduo como que se libera nesse infinito de órbitas, de trajetórias coerentes e inflexíveis. Assim seria o mundo jurídico. Aqui e ali, uma ou outra *limitação dos direitos*, mas feita pela lei. Os juristas logo a inserem nas definições, nos efeitos, nas modalidades. E os direitos como que se retraem, para que se não tenha a impressão da restrição, do corte.

Mas o mundo jurídico não é assim. Nunca foi. Os exercícios dos direitos topam uns nos outros. Cruzam-se.

Modestam-se. Têm crises de lutas e de hostilidades. Exercendo o meu direito, posso lesar a outro, ainda se não saio do meu direito, isto é, da linha imaginária que é o meu direito. A regra *Nemo iniuria facit qui iure suo utitur* traduziu bem o que pensam os que vêem nos direitos um absoluto.

Há limites aos direitos e há abusos sem transpassar limites. Não se confundam *limitação* aos direitos e reação ao *abuso do exercício do direito*, ou, melhor, o exercício lesivo. Quando o legislador percebe que o contorno de um direito é demasiado, ou que a força, ou intensidade, com que se exerce, é nociva, ou perigosa a extensão em que se lança, concebe as regras jurídicas que o limitem, que lhe ponham menos avançados os marcos, que lhe tirem um pouco da violência ou do espaço que conquista. Não era sem certa razão que os juristas

passavam a incorporar ao conceito, diga-se assim, a própria restrição. Se faço vir mais para trás a cerca do meu quintal, ou construo muro aquém do que havia, o meu quintal é o que fica entre os outros lados e a nova cerca, ou o novo muro. Mas, em verdade, a concepção absolutista tomava a atitude corretiva a fim de continuar com a mesma visão dos direitos: seres que vivem por si, sem peias, dentro dos seus próprios limites. A limitação deformou o conceito primitivo. O

historiador do direito vê bem o que se passa: a contração morfológica, a plasticidade, o forçar-se a relação jurídica a esgueiramentos sinuosos. Não se trata de conformações, mas de deformações.

O mundo dos interesses é mais largo que o mundo dos direitos e deveres. O direito apenas cobre parte infima da vida. O resto ou pertence àliberdade, ou cai sob o domínio compressivo do arbitrário governamental. A civilização cresce fazendo maior o número de interesses protegidos sem opressão, deixando livre a ação e o pensamento humano e submetendo a princípios a própria discrição administrativa, pela adoção de pautas, planos e responsabi lizações. Muitas vezes o exercício do direito de uma pessoa toca o direito ou o exercício do direito de outra.

Conhecem-se casos em que, convergindo na mesma pessoa dois direitos em sentido contrário, se dá a confusão; ou, se a contrariedade é inábil para produzi-la, ocorre a inutilidade do exercício (pedir A a falência da companhia em que tem grande número de ações).

O estudo do *exercício lesivo do direito* é a pesquisa dos encontros, dos ferimentos, que os direitos se fazem. Se pudessem ser exercidos sem outros limites que os da lei escrita, com indiferença, se não desprezo, da missão social das relações jurídicas, os absolutistas teriam razão. Mas, a despeito da intransigência deles, fruto da crença a que se aludiu, a vida sempre obrigou a que os direitos se adaptassem entre si, no plano do exercício. Conceptualmente, os seus limites, os seus contornos, são os que a lei dá, como quem põe objetos na mesma maleta, no mesmo saco. Na realidade, quer dizer quando se lançam na vida, quando se exercitam têm de coexistir, conformar-se uns com os outros.

Quem quer que examine a evolução do direito romano, vê que essa se descreve no sentido de quebrar-se o absoluto dos direitos. Alguns anotam o caminho que vem do direito estrito à eqtiidade. Outros poderiam apontar certo tender à polícia

dos direitos. Sociologicamente, o que se passa e o reconhecimento dos fatos da vida pelo jurista; *depois*, pelo próprio legislador. Caio não inovava; observava, discemia, quando proclamou: “Male enim nostro iure uti non debemus”. Não devemos mal-usar do nosso direito. *Mal-usar.* Note-se o que há de qualitativo, de ético, nesse

“male”. Por aí chegou o jurista à justificação de se interditarem os pródigos e à proibição do maltrato dos escravos.

Não havendo teoria geral, regra escrita sobre o exercíciO lesivo do direito, conquista recente, o entrechoque deu ensejo a que outras regras se dilatassem e outros direitos surgissem. Direito e moral andam parelhas. Celso definiu aquele em termos dessa: “lus est ars boni et aequi”; e Paulo explica que “Non omne quod licet honestum est.” Quando se alastra o intelectualismo frio da escolástica, o absolutismo dos direitos reponta. A Idade Média crê nos direitos que se estendem, como espadas, e em superposições que os levam a paralelismos de vitrais. Quase se chega a esquecer qualquer brocardo que lembre o “Summum ius summa iniuria”. Mas a Renascença vem. Falha num país, vence noutro. De qualquer modo, as rigidezas se arrebentam, cedem. Ora mais, ora menos. No século XVI, Guy Coquille: “Donc, nos coutumes sont notre vrai droit civil; et sur ceiles faut raisonner et interpréter *ex bono et aequo,* ainsi que faisaient les jurisconsultes romains sur les bis et édits: et faut dire *quodfit ars boni et aequi,* et non pas une officine de subtilité et rigueur...”. Uma oficina de sutileza e de rigor... No século XVII, Henri Basnage, no prefácio do *Traité des Hypothêques:* “... il y a quelques fois de l’injustice à vouloir être trop juste, *summum ius summa iniuria.* Sous prétexte de s’attacher à l’esprit de la loi dans toute sa rigueur, l’on s’éloigne aisément de l’équité qui est naturellement contraire à cette justice infléxible qui ne pardonne ríen...”. No século XVIII, em Portugal, o Aviso de 19 de junho de 1759 e o Alvará de 25 de junho de 1760, ~ 20, dizem que a eqúidade é sempre do “ânimo” e “intenção” do Soberano.

Com as codificações, novo regresso aos direitos resistentes. As codificaç oes ossificam, dão rijesa oficial e arquitetônica às leis. O primeiro pendor dos comentadores é para a exegese literal, ou a distribuição das regras em proposições coerentes, lógicas, que nunca se podem atacar entre si, nem, sequer, premir. Compreende-se que, após elas, tenha havido pouca margem para se cogitar do abuso do exercício do direito, nos pleitos, e dos danos causados com má-fé. Cresce de ponto o que dissemos quanto às codificações do século XIX,

frutos imediatos ou retardados da época revolucionária, ou do seu individualismo pontiagudo. A renovaçao jurídica que se operava, no terreno político, precisava de noção absolutista dos direitos subjetivos para se erguer contra o absolutismo do antigo regime.

Quando, no começo do presente século, Marcel Planiol, L. Barde, A. Esmein e outros se põem em atitude hostil à teoria do abuso do direito, ou do abuso do exercício do direito, *ainda* representavam a mentalidade que presidiu à feitura do Code Napoléon. Os inimigos da teoria do abuso do direito eram e são os que vêem nas leis regras abstratas, duras *(Dura lex sed lex),* cargas de força atributiva de situações jurídicas subjetivas absolutas (*

Neminem laedit qui suo iure utitur), isto é, os que buscam o fundamento para regular o bom e o mau social, não nos fatos e resultados, mas nas intenções, nas culpas.

Os que apóiam a teoria derivam de outras correntes: *a)* a dos que discernem nas leis a "iniciativa" de regrar, por parte do legislador, e o que se lhes junta com a realidade da vida, com as outras leis, com os outros fatos; *b)* a dos que sabem ser os direitos subjetivos linhas que avançam, porém não podem cortar, esmaecer, as outras linhas (relatividade das situações jurídicas, dos direitos); *c)* a dos que pedem e esperam das leis servir à vida, guiar os fatos, em vez de encaixilhá-los, de violentá-los, de destruí-los. Logicismo, individualismo, subjetivismo; investigação científica, critério social, objetivismo.

Na França, nos primeiros anos do século, o conceito de abuso do direito suscitou fina controvérsia. De um lado, Raymond Saleilles, J. Charmont, L. Josserand. Do outro, Marcel Planiol, L. Barde, A. Esmein. Investiam esses contra a novidade, que punha em risco a ordem e a paz jurídicas *(?).* Falavam de dentro da tapeçaria dogmática dos direitos a linhas certas, se não paralelas, livres de todo embate. Não viam quanto era velha a pretendida inovação, nem viam a função social, adaptativa, conciliante e de justiça viva, que a teoria carreava às relações entre os homens. Aqueles tateavam, mas na boa pista, para colher, fixar, o fundamento da proibição dos exercícios abusivos. Raramente se pode observar, em alguns decênios, a evolução do pensamento, na reconstrução de um instituto. Desce-se aos alicerces. Sonda-se por todos os lados e escaninhos. No fundo, era a pesquisa do adjetivo exato, que se havia de juntar à palavra "exercício". Um deles era excelente, como qualificação provisória: abusivo.

Tudo estava em se saber o que se entenderia por ele, qual o seu conteúdo preciso. Quando se perguntava: “Qual o abuso do direito que se não permite?”, em verdade se inquiria da significação de abuso. Todo o material que se juntou, toda a discussão que se promoveu, todas as acomodações que se tentaram, não tiveram outro fito que o de se definir o “abuso”, que o de se achar o sinônimo mais preciso de “abusivo”, mais explícito do que ele.

A expressão “abuso *de direito”* é incorreta. Existe “estado *de fato”* e “estado *de direito”;* porem nao abuso *de fato”* ou “abuso *de direito”*. Abusa-se de algum direito, do direito que se tem. Leis falam de “abuso de direito”, expressão que aparece em certos juristas desatentos à terminologia científica e indiferentes à sua exatidão.

“Abuso do direito”, ou abuso do exercício do direito, é que é. Recebemo-la dos livros franceses e, lá, só se usa

“abus du droit”. Assim, o livro de E. Porcherot, *De l’Abus da droit,* 1901. O artigo de J. Charmont, publicado em 1902 na *Révue trimestrielie de Droit civil,* intitulava-se “L’Abus du droit”. Raymond Saleilles, *Étude sur la Théorie générale des Obligations,* cuja 2~ edição saiu em 1901, empregou “abus de droit” (p. 370, nota 1), mas sem seguidores. Louis Josserand deu ao seu livro, aparecido em 1906,0 titulo *De 1 ‘Abas des droits.* L. Campion teve o mesmo procedimento com o seu *La Théorie de l’Abas des droits.* Cézar-Bru e Morin, nos *Annales de l’Universaité d’A ix,* 1906, escreveram artigo sobre “La Faute, le Risque et l’Abus du droit”. Em teses, R. Buttin falou de *L’Usage abusíf da droit,* 1904; L. Salanson, *De l’Abas du droit”,* 1903; L. Reynaud, *L’Abus da droit,* 1904; Coroi, *La Théorie de 1 ‘Abus du droit,* 1910; C. Dobrovici, *De 1 ‘Abas de droit,* 1909; A. Bardesco, *l’Abus du droit,* 1913; P. Roussel, *L’Abus da droit,* 1914.

Na Itália e na Espanha, igualmente *(e.g.,* G. Noto Sardegna, *L’Abuso dei diritto,* 1907; Tedeschi, *L’Abuso dei diritto,* 1912; José Calvo Sotelo, *La Doctrina dei Abuso dei derecho,* 1917; José F. L. Castiglione, *El Abuso dei derecho,* 1921). Artigo em francês, publicado na revista *Zeitschriifíir schweizerisches Recht,* em 1905, por Alfred Martin, mostrou que cedo se falou de L’Abus du droit et l’Acte illicite.

Há também, ao longo do tempo, a linha de evolução do conceito. O abuso do direito, para os juristas romanos, dependia da “malícia”. Pelo menos essa era a regra. Depois, supunha o ato contrário à função mesma do direito exercido, bastando a intenção ou a consciência do desvio. Mais tarde, esvaziado de todo elemento psicológico, o conceito fez-se mais ligado àvida social que à projeção mesma dos direitos: é suficiente que o exercício do direito se desvie. Por outro lado, de principio que apanhava alguns direitos, e não todos, passou a certa generalidade que o tornou *teoria,* no sentido exato. Já então pôde entrar nos Códigos; e entrou. O abuso do direito que apareceu no Código de Processo Civil de 1939 é o abuso do exercício do direito público (subjetivo) de demandar, o abuso do exercício da “ação” (e de exceção), o abuso do emprego do remédio jurídico processual ou de atos processuais. A regra jurídica tinha de aplicar-se ao autor, ao reconvinte, ao embargante terceiro, ao interveniente e ao que usou do direito de embargar, ou apelar, ou agravar, sem ter sido autor ou réu na ação. A todos aqueles que pediram ao Estado a prestação jurisdicional, ou, usando de direito processual, a perturbaram; *e.g.,* o simples assistente.

O abuso do direito, ou da pretensão, ou da ação, ou da exceção *de direito material,* é outro conceito. Não é esse o abuso do direito a que se referia o Código de Processo Civil de 1939, ari 30, parágrafo único. Dele tratou o Código Civil de 1916, ari 160, 1, 2~ parte (cf. *Tratado de Direito Privado*, II, ~§ 185 e 190,2,1V, ~ 462,2 e 459,2,7, VI, ~

658, VII, * 748, 7, XI, ~ 1.163,4, XII, ~ 1.342, XIV, ~ 1.617, e XVII, § 2.095, 3).

A hostilidade à noção do abuso do direito chegou, no Brasil, a revelações interessantes. Assim, a 3a Câmara Cível da Corte de Apelação do Distrito Federal (21 de novembro de 1930, *R. F.*, 51, 275) não hesitou em considerá-lo

"incompreensível reunião de palavras antagônicas". Influênciaperniciosade Marcel Planiol, ainda depois do Código Civil de 1916, ari 160, 1, conforme se vê do acórdão da mesma Câmara Cível, a 9 de abril do mesmo ano *(A. J.*, 28, 33: "...uso abusivo do direito que com todo critério Planiol classifica uma logomaquia, pois quem usa de seu direito pratica um ato lícito", "se comete um abuso, age sem direito, e pratica assim um ato ilícito").

Existe direito de litigar dito direito de ação e nenhuma limitação se fazia a esse direito no texto de 1939.

Tampouco à pretensão à tutela jurídica, que nasce dele. Ou do uso das formas. O que condenou, no texto legal, foi o *abuso.* A liberdade de se defender em justiça é essencial à própria liberdade de pensamento e de ação, sem a qual a sociedade se envilece e regride. Onde a justiça falha, a infelicidade humana se insinua; onde se cerceia a defesa, estrangula-se a liberdade humana, antes mesmo que a justiça falhe. Assim, o abuso do direito processual só existe quando se compõem os seus pressupostos segundo texto legal; e nunca se aprecia antes de ter produzido os seus efeitos, porque então se estariam a peneirar, liminarmente, a pretensão à tutela jurídica, a pretensão processual, a ação e a prática dos atos processuaís.

(a) Para que se caracterize o exercício lesivo do direito processual, ou para que se aprecie, não é preciso que o acusado tenha decaído da ação, ou que da sentença conste que agiu com qualquer culpa. Se bem que o juiz possa entrar em considerações sobre a atitude anormal, aberrante, abusiva, ou mesmo dolosa, da

parte, ou de quem esteja em situação de parte, ou apenas semelhante, essas considerações não são necessárias nem suficientes para se assegurar que houve o exercício abusivo do direito processual. Salvo se ocorre algum daqueles casos em que os motivos da sentença fazem coisa julgada, ou em que a matéria do dolo, ou do abuso, é integrante da *res iadicata,* o juiz, na ação concernente aos danos a que se refere o ari 16, está livre quanto à decisão.

•1

(b) Presume-se de boa-fé quem vai litigar, ou está litigando, ou litigou. Tal presunção somente pode ser elidida *in casa* e quando haja má-fé, propriamente dita; a apreciação do exercício abusivo do direito processual tem de partir daí. Outrossim, o recorrente, o requerente de medidas acauteladoras ou provisórias, ou o que, em geral, pratica ato processual, tem-se de presumir de boa-fé. A má-fé a respeito de um ato não se contagia a outro, nem cria, a respeito dessoutro, presunção de má-fé. O principio é o de que se hão de tratar, para os efeitos de se caracterizar o abuso, separados, pluralisticamente, os atos e omissões do litigante. Se o exercício abusivo do direito se deu *ab initio,* quer dizer, desde o pedido, então se estabelece a *má-fé* quanto à ação mesma, à demanda, ao processo, e não só quanto à parte ou ato do feito. Em todo caso, à abusividade referente ao pedido podem vir a somar-se abusividades posteriores, independentes, reforçadoras das perdas e danos, sempre que, se tais novos atos não tivessem sido praticados, as perdas e danos teriam sido menores. O nexo de causalidade entre atitude e perdas ou danos é essencial. A 1a Turma do Supremo Tribunal Federal, a 27 de novembro de 1959 *(D. dai.~* de 19 de dezembro de 1960), citou parte do texto acima, que estava nos Comentários do Código de Processo Civil de 1939 e frisou



presumir-se de boa-fé quem pratica ou deixa de praticar ato

processual, inclusive em se

tratando de medidas provisórias ou cautelares.

(c) A apreciação da abusividade do direito de pedir (ação, reconvenção, embargos de

terceiros etc.) de modo nenhum há de ser feita, ou de admitir-se, quando o resultado dela importe

prejulgamento do pedido.

(d) O abuso do direito processual tanto pode ocorrer no ordinatório quanto no decisório. No processo da execução freq~ientemente se opera; éum dos casos em que são mais relevantes os serviços que prestam as regras dos arts. 16

e 18, quer quanto ao autor, quer quanto ao réu.

(e) Não há no direito processual brasileiro nenhuma regra jurídica explícita para se "prevenirem" os abusos do direito material ou do direito processual.95 Meio indireto é a ação declaratória que antecipa o pronuncIamento da justiça sobre a existência ou inexistência da relação jurídica, ou sobre a autenticidade ou falsidade do documento.

Também cabem a ação cautelar e a ação cominatória, se os respectivos pressupostos se compõem. Bem assim, a declaratória incidental.

São as regras jurídicas sobre o assunto de direito material ou de direito processual? Dada a fonte única das legislações material e processual. depois

da unidade do direito processual, a discussão teve interesse quase só teórico, de técnica legislativa e de taxinomia.

É de direito judiciário material, não há dúvida, se bem que se trate de exercício do direito de demandar e de prnticar atos processuais. Esses direitos mesmo são materiais. Porém o Código de Processo Civil de 1939 não se furtou à inserção de regras de direito material, ainda não-judiciário. Teve-as, noutros lugares. Nada obstava a que regulasse o abuso do direito processual. Tratando-se de regra especial, tanto lhe ficaria bem inserta no Código de Processo Civil quanto no Código Civil? Não; o direito judiciário material certamente melhor colocado fica no Código de Processo Civil do que no Código Civil. Posto que se trate de pré-processualidade. O Código de 1973

andou bem.

João Mendes de Almeida *(As Codificações estaduais,* 19), que ignorava a existência de regras materiais judiciárias, teria invencível dificuldade em classificar as ações e até pretensões! quanto à declaração e quanto àíndenização pela parte (arts. 40 e 16). (Sobre o direito judiciário material, James Goldschmidt, *Materielies Jastizrecht,* 18, e *Der Prozess ais Rechtslage, 245.)*

A regra jurídica não é de interpretar-se por analogia, nem cabe recorrer-se a princípios gerais de direito. O que se deve é explicitar, na doutrina, cada um dos conceitos contidos no ari 16, e à Justiça cabe verificar se o caso em exame entra em algum desses conceitos. O que primeiro se observa é que não se anuiu em se ser indiferente ao elemento subjetivo, se bem que não o ponha em relação causal. Não se exige que tenha sido a causa das perdas e danos; basta que tenha havido o fundamento no processo, em sua origem. Origem do processo, e não dos danos. O

elemento subjetivo pode ser, apenas, causa remota. Quem demanda pede justiça. Se em vez de ser essa urgência de prestação jurisdicional o que conduz ao foro o autor, e algum daqueles motivos que prepondera, está composta a figura do abuso do direito, no campo processual. A justa decisão passou à segunda plana. Perverteu-se o processo.

Conspurcou-se o exercício da pretensão à tutela jurídica ou a invocação da pretensão de direito material, ou o uso da ação, ou a pretensão de declaração, condenação, constituição, mandado, ou execução. A margem que fica ao autor é enorme, porque, fora de inépcia do pedido, raro é o caso em que se lhe pode imputar o ter querido por mal a prestação jurisdicional. De regra, o autor crê, ou sofre as conseqUências psicológicas de crer no que deseja, fato tão explorado, hoje, pela psicologia, e responsável por tantos distúrbios individuais e sociais. De modo que o escopo errado não é suficiente, nem é necessário. O autor pode ter tido toda a razão, ou toda a razão ter tido o réu, e incorrer em abuso do exercício do

direito. Por isso mesmo, alguns escritores quiseram transplantar para o processo a distinção, corriqueira em direito material, entre *doías bonas* e *doías malas.* Mas, evidentemente, com esse enxerto apenas se veriam repontar as velhíssimas dificuldades no caracterizarem-se os limites entre os dois. Além de contraditório,

que faz ele se não decantar dolo bom, dolo mau, verdade e falsidade de alegações? A lealdade, que se há de esperar entre as partes, pode ela vir de outra fonte que da coragem moral, do saber perder, do lado dos que postulam? Razão, portanto, para que se precisem, quanto possível, os três conceitos. O mau êxito da demanda não implica, só por sí, responsabilidade civil do vencido, porém não se pode dizer, como fez o Supremo Tribunal Federal, a 3 de agosto de 1959 *(R. dos T.,* 310,750), ser preciso que se não apresente, sequer, aparência de direito. O "espírito de emulação", o "mero capricho", ou o "erro grosseiro", a que se referia o texto anterior, pode existir com toda a aparência de direito. Abusa-se do direito.

Para que se argua contra o comportamento abusivo ou temerário do litigante, não há prazo. Pode ser na contestação ou no prazo para a contestação (2~ Turma do Supremo Tribunal Federal, 12 de março de 1965, *R. T. de J.,* 32, 643), ou depois. Não raro, a revelação do "espírito de emulação", ou de "mero capricho", ou de "erro grosseiro", somente ocorre depois de terem de ir os autos para julgamento final *(e.g.,* foi descoberta a correspondência em que o autor se vinculou à propositura da ação, para que terceiro comprasse a empresa, ou para criar dificuldades ao casamento da filha com o filho do demandado, o que foi exposto ao pai, ou à mãe, pela filha).

A intenção do litigante há de ser manifesta, porém não se há de dizer, como fez a 2~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a 12 de março de 1960 *(R. J.*, 47, 150), ser necessária a "certeza de que a intenção do litigante *não é outra* que a de incutir pavor, ou coagir".

O princípio, no campo do direito processual, como do direito material, é o de serem irrelevantes os motivos do exercício dos direitos. Por esse fundamento, assenta-se, *a priori* e na doutrina baseada em direito positivo, que o exercitar-se algum direito no sentido de outro fim que aquele que fora o da lei, de maneira nenhuma constitui infração da lei. O fim da lei, serve, quando muito, a justificar interpretações ou sanações; e o interesse do que tem alguma pretensão a traçar-lhe limites *(e.g.*, o aproveitamento do espaço aéreo) ou a dar-lhe ingresso nos juízos.

Fora desses e outros poucos casos, a lei ignora o interesse, a despeito da tentativa obsoleta de Rudolf Von Jhering, ao querê-lo cerne dos direitos. O fim começa a sair da sua funda

ic;r ii?

mental irrelevância quando se edicta a regra jurídica de que o exercício de um direito não deve lesar a outrem. Não se apura a intenção. A lei possui a aplicação desse principio excepcional, de proibição do abuso objetivo do direito, no plano processual, diferente do abuso de que trata o ari 16, quando permite ao juiz a extinção do processo, ou outra providência similar ao despachar, a petição inicial, ou sanear o processo. Duas opiniões existem: uma afirma e outra nega a atendibilidade do *princípio da relevância da imoralidade e da ofensa aos bons costumes* em se tratando de coisa julgada (contra Andreas Von Tuhr, *Der Aligemeine Teu,* 1, *559,* nota 58); porém ai não se há de pensar, de modo nenhum, em abuso do direito.

A emulação, o mero capricho e o erro grosseiro eram pressupostos da ação de indenização, segundo o direito anterior. Qualquer deles bastaria. Sem um deles, não haveria a indenizabilidade por lide temerária (2~ Turma do Supremo Tribunal Federal, 23 de setembro de 1947, *R. F.,* 11, *456; 4*~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 31 de agosto de *1945,D. dai.* de 29 de janeiro de 1947, 150; 5~ Câmara Cível, 28 de junho de 1946, *D. da 1.* de 25 de fevereiro de 1948, 343). Há emulação se há intenção de aborrecer, ou simples pendor de pleito, que só se explica como preferência ao litígio, ou à composição por meios ou medidas judiciais.

Os conceitos de “mero capricho” e “erro grosseiro” que estavam na lei anterior cabem, com outras normas, no ari 17, II e III,~ e no ari 17, 1. Lembremos a jurisprudência. Há exemplos: se alguém insiste em propor ação sobre matéria que já foi julgada, com eficácia de *res iadicata* (J~ Turma do Supremo Tribunal Federal, 4 de dezembro de 1947, *D. da 1.* de 29 de setembro de 1949, 3124), salvo se a incompreensibilidade ou dificuldade de se entender a sentença anterior preexclui tratar-se de má-fé. Mas também pode existir em quem pela primeira vez litiga sobre a matéria: *e.g.,* se alguém protesta título já estando prescrita a pretensão ou se já solvida a divida (l~ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 22 de outubro de 1945, *R. dos T.,* 162,233: “...bastando que se tenha verificado a publicação edital pela imprensa, e que daí haja decorrido abalo de crédito ou qualquer outro dano para o suposto devedor”).

O texto de 1973 pôs o fato do dano antes de qualquer outro conceito, para apontar o que há de revelar a má-fé do autor, do réu, ou do interveniente, como

fundamento para a responsabilidade. Danos podem ocorrer sem ter havido má-fé do figurante no processo; e então há a responsabilidade pelos danos. Daí ter tido o legislador o propósito de enumerar, detidamente, os *atos* que revelam a má-fé, revelação, essa, *ex lege*.

O primeiro ato que se menciona é o de ter parte ou interveniente afirmado ou negado direito, pretensão, ação ou exceção, se para a afirmação ou a negação não podia desconhecer, razoavelmente, o que mostraria a inverdade do que afirmou ou negou. Se se trata de lei, não podia ignorar a sua existência. Se se trata de fato, a notoriedade ou evidência do que ocorreu não pode permitir que se acolha o que foi feito. A lei emprega “falta de fundamento que não possa razoavelmente desconhecer”.98 Se há *qaaestio legis*, a lei nacional não é susceptível de desconhecimento.

Se de outra entidade estadual em cujo território não viva, ou a que não esteja ligado o figurante, tem-se de alegar e provar que o acusado não podia desconhecer. Não haveria, aí, *razão* para desconhecer, como ressalva no advérbio que se inseriu (razoavelmente).

A alteração intencional99 da verdade dos fatos ocorre se o figurante sabia o que se passara e o expõe diferentemente do que sabia. Se expôs conforme lhe contaram, ou foi divulgado, e somente por isso não disse a verdade, não a alterou intencionalmente, salvo se sabia que o que lhe contaram ou foi divulgado era falso.

Dá-se o mesmo se o figurante conhecia fatos essenciais ao fundamento da causa e omite o que sabia, para que se repila o que seria fundamento da causa.

Às vezes, o figurante exerce a pretensão à tutela jurídica para que o processo, a divulgação ou a decisão que dê proveitos ou simples resultados, que ilegalmente se erradicam do procedimento ou da sentença.

Também é elemento suficiente da má-fé a atitude do figurante que dificulte ou demore ou de qualquer modo perturbe o procedimento.

Se o figurante tem conduta que revela temeridade do ato ou de atos do processo, incidentalmente ou não, a má-fé fica manifesta.

A lei fala de “incidentes manifesiamente infundados”; portanto, de circunstância acidental, episódios ou atos supervenientes, para os quais não havia razão e foram provocados pelo litigante.

98 Abrandada essa norma pela redação da Lei n0 6.771/8<): “deduzir pretensilo ou defesa contra texto expresso de lei, ou fato incontroverso” *(supra*, nota 91, 1).

99 Suprimido o adjetivo *intencional* pela Lei n0 6.771/8<) *(supra,* nota 91, II).

2.

Perdas e danos; danos econômicos e danos morais Perdas e danos pedidos ou para se liquidarem na execução.

Econômicos ou morais.

Também aquele que sofreu o exercício abusivo do direito pode pedir não a omissão dele, mas a explicitação, e cabe a ação declarativa típica ou a incidental. Se apenas teme, não; porque não estabeleceu a lei a pretensão de prevenir a ofensa do direito.

(a) A tendência geral era para se entender que o simples pagamento das custas constituía necessária e suficiente medida de equilíbrio *(R. F.*, 17, 1 85, 259, 409; 18, 17; 23, 216). Erradamente, pois pagar custas de modo nenhum equilibra interesses, nem tampouco os indeniza: o ganhante pagou advogados, pagou despesas que não constam dos autos, etc. (No espírito dos juizes estava, quase sempre, a suspeita de que mais responsáveis eram os advogados, suscitadores das demandas, do que as partes mesmas, e condenar a essas, e não àqueles, orçaria por injustiça social.

Aliás, essa consideração não era de somenos importância: *de legeferenda,* fora de ser atendida, buscando-se meio de associar o advogado à sorte do seu cliente.)

(b) No caso de recursos no só efeito devolutivo, a sentença confere àparte vencedora a escolha entre executar desde logo a sentença ou aguardar a decisão do recurso, a risco de perder e sofrer as conseqúências da execução do patrimônio e interesse moral. Não se veja ai exercício abusivo do direito processual: o vencedor, antes do recurso, tinha direito a executar, e executou; pode ter executado bem, ou executado mal; não se presuma, porém, que

executou mal, isto é, de má-fé, o perdente não é, sempre, abusador; às vezes, ou melhor, as mais das vezes, usou do seu direito, não abusou.

(c) A restituição dos proventos e a restauração do estado patrimonial do executado, tal como se achavam antes da execução, têm outro fundamentoque a indenização pelo exercício lesivo do direito. Se isso ocorreu, é outra questão.

Para que tenha havido esse *plus*, é preciso que, além da escolha, tenha ocorrido espírito emulativo, ou intencionalmente inverídico, ou outro pressuposto do ari 17. Esse ponto é assaz importante, porque, a respeito, a doutrina brasileira se está deixando influenciar por opinião errada, insustentável, de Henri e Léon Mazeaud *(Traité de la Responsabilité Civile*, 1, 455).

(d) No caso de ter havido sentença favorável ao que foi parte na demanda em que ocorreu o exercício lesivo e agora é réu, a indenização só se refere aos danos causados pelo uso da primeira demanda, ou da defesa, ou da reconvenção, ou da impugnação à reconvenção, ou pela prática de algum ato processual. O abuso do direito material que foi objeto de exame, esse devia ter sido alegado no processo anterior, e não no segundo; salvo se



aconteceu *depois do pedido*, mas, ai, a ação de abuso do direito é a duplo pedido, um relativo ao

abuso de direito material pendente a lide, ou depois, ou processual no processo de execução, e outro

processual. É assaz importante apurar-se a distinção se a lei civil e a lei processual divergem, sem que

a doutrina repila, sempre, analogia.

3. Pleitear de má-fé Pode ser de má-fé o pleito ainda quando se pede simples

vistoria, arbitramento, ou inquirição *ad perpetuam rei memo riam.* Outrossim, quando se intenta ação declarativa, mesmo se incidental.

No Código de 1939, ari 30 e parágrafo único, falava-se de responsabilidade da parte-autora em caso de "espírito de emulação, mero capricho, ou erro grosseiro" e da parte-ré, quando na defesa opusesse, maliciosamente, resistência injustificada ao andamento do processo. Outrossim, (ari 63), da parte vencida, se tivesse alterado, intencionalmente a verdade, ou se houvesse conduzido de modo temerário, provocando incidentes manifesta-mente infundados. No Código de 1973, o ari 17, 1-Vil, foi de melhor explicitude e de minúcia. Definiu a má- fé, assunto do ari 16.

Não se deve tirar dos pressupostos que a lei haja concebido a ação contra pleiteante de má-fé (autor, réu, interveniente) como ação de dolo; nem se há de trazer aos motivos de direito das sentenças o conceito abstrato, vago, de "lide temerária". A temeridade e a malícia podem ser apenas do procurador, e nada têm com os arts. 16 e 17. Menos ainda quando se trata da ação de abuso do direito material, se a lei civil se satisfaz com o conceito de irregularidade do exercício do direito, abstraindo, por completo, do elemento subjetivo. Assim, a 3~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, a 30 de abril de 1942 *(D.*, 15, 388), negando a procedência do pedido, por faltar ao exercício do direito, da parte do réu, o "modo malicioso", afastou-se da lei processual e da lei civil. Também a

Câmara Cível do Tribunal de Apelação do distrito Federal (3 e 20 de março de 1942, *O D.*, 16, 287, *R. E.*, 92, 109, e 91, 128) incidiu em tal assimilação errônea, exigindo a "vontade de prejudicar", o "excesso intencional", e excluindo, *a priori,* o exercício lesivo do direito em caso de defesa própria. Se fossem verdadeiros tais fundamentos, as regras jurídicas seriam supérfluas: a ação comum de indenização pelo ato ilícito bastaria. É

possível que, no caso concreto, os dois tribunais tenham julgado certo; mas as premissas de direito nada têm com o direito brasileiro e rescendem a leituras de livros europeus de países a que faltam exatamente textos sobre exercício lesivo do direito e onde os juristas têm de construir, ao lado das leis escritas, a doutrina do abuso do direito. Aliás, o voto vencido ao acórdão de 3 de março de 1942 chega ao ponto de repetir o *Qui jure suo utitur neminem laedit,* portanto, o

próprio princípio romano contrário à teoria do abuso do direito, fruto do relativismo jurídico contemporâneo contra a concepção absolutista dos direitos.

Tampouco se pode enunciar, *a priori,* que a execução de mandado judicial (seja incidente, seja em virtude de sentença de condenação, manda-mental, ou executiva, e ainda que em execução de sentença) afaste a possibilidade do pleito de má-fé (5~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 12 de maio de 1941, *D.*, X, 356).

Quem executa o mandado usa do seu direito; porém exatamente é isso o que se supõe no abuso do direito: que use, ferindo outros direitos, *abusando.* Não só as partes, nem o oficial executor podem cometer abuso do direito (ali processual, aqui material); o próprio juiz comete-o (abuso do direito material), ainda nos casos de ofício (processual).

A 4~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 26 de julho de 1940(0 *D.,* 213), isentou de condenação na ação por abuso do direito certo senhorio que despejara o locatário depois de estar julgada a consignação de aluguéis. Cumpre observar-se que não pôs porprincipio essa isenção; mas é difícil conceber-se a espécie sem estar perfeitamente caracterizado, pelo menos, o pressuposto de não poder ignorar o que se passou.

Não se argumente com o não bastar para existir abuso do direito processual o ter-se perdido a ação de despejo (argumento certo, 5a Câmara Cível, 1 8 de abril de 1942, *O D.,* 10, 415), porque há o *pIes* de ter o locador intentado a ação de despejo *ciente* da sentença na ação de consignação de aluguéis. O de que principalmente se ressente a jurisprudência é de jogar com os conceitos de malícia, dolo, temeridade (outro exemplo, 4a Câmara Cível, 26 de julho de 1940, *A. 1.*, 56, 435) e outros tantos, sendo raros os acórdãos que se ativeram aos conceitos apontados na lei. Por exemplo, o acórdão da 4~ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 9 de abril de 1942 *(R. dos T.,* 139, 631) aludiu a eles, mas logo os soltou para fundar na culpa a condenação.

4. Responsáveis como litigantes *Litigante,* no ari 17, é quem peça ou quem tenha

de responder: o autor; o reconvinte; o terceiro embargante; aquele a quem a lei dá direito de recurso; aquele que se apresentou como se tivesse tal direito; qualquer autor nos processos acessórios; o que pede homologação de sentença estrangeira; o que suscita conflito de jurisdição; o que interpõe recurso extraordinário; o que executa sentença, nao tendo sido o autor da ação, como o sucessor, se o abuso do direito processual e seu.

Posto que, na Seção II, se fale “da responsabilidade das partes por dano processual”, o ari 16 refere-se àquele “que pleitear de má-fé, como autor, réu ou interveniente”. Entenda-se: quem quer que se inseriu ou se insira na relação jurídica, ou suscita outra, no mesmo processo, ou acessoriamente, ou incidentemente.

No ari 16 só se refere ao autor, ao réu, ou ao interveniente. Então tem-se, após autor e réu, o assistente, porque esse também pode agir de má-fé, principalmente se equiparado a litisconsorte (ari 54). Quanto aos intervenientes, temos de pensar na má-fé de quem nomeou à autoria (artigos 62-69), de quem litisdenunciou (arts. 70-76), de quem chamou alguém ao processo (arts. 77-80) e de quem oferece oposição (arts. 56-6 1), mas, aqui, o opoente é autor de ação e como tal é que responde por perdas e danos, se pleiteou de má-fé. O ari 17 é sempre invocável.

Se o litisconsorte necessário, ou o interveniente, ainda o que só assiste, procede com má-fé, conforme o ari 16, no exercício do seu direito, pode ser responsável, quer perante a parte ou as partes a que se litisconsorcia, ou substitui, ou adere, ou assiste, quer perante a parte ou partes contrárias. Se o litisconsorte deixa de comparecer, ou algum dos terceiros é omisso em intervir (contra o pacto), a infração, que acaso se estabeleça, é de direito material, e não processual. Também é de direito material o exercício abusivo do direito no caso de alguma das partes ter impedido a propositura ou a defesa da ação pela parte contrária. O opoente é parte; e aos seus litisconsortes, ou substitutos, ou aderentes, ou assistentes, aplica-se o que acima foi dito. O substituto de modo nenhum responde pelo que praticou o substituído; responde, porém, pelo seu próprio ato, se se apropriou do fim mudado, que encontrou ao assumir a posição subjetiva. A sua responsabilidade é pessoal, como a de qualquer outra das figuras que acima foram referidas. Dá-se o mesmo quanto ao sucessor. Mas as obrigações por perdas e danos, como a legitimação passiva, na ação do ari 16, passam, dentro da herança, aos herdeiros do figurante de má-fé. ‘><> Se o ato de má-fé ofende à

parte, ou terceiro, que proveio de seu representante, ou assistente ou de seu órgão, a ofensa do direito é regida pelo direito material. Se ofende a outra parte ou a terceiro, que entrou no processo, ou partiu de terceiro, que entrou no processo, a outra parte, ou terceiro, que entrou no processo, regemos arts. 16 e 17.

100 \‘doari597.

É bem difícil que, tratando-se de ação declaratória, se componha a figura do exercício lesivo do direito processual.

Não é, porém, impossível. Se, no momento em que B tinha algum negócio a fazer, que ficaria prejudicado se existisse entre ele e A a relação *ab,* A propõe a ação declaratória, levado por má-fé, B pode propor a ação do ari 16, invocando o ari 17.

Nos casos de medidas acauteladoras, contra as quais não se admite defesa, nem recurso, tais como os protestos, notificações e interpelações, pode dar-se exercício abusivo do direito processual. Se bem que a lei processual atribua ao juiz verificar se há legitimo interesse no requerimento e se, pela criação de dúvidas e incertezas, o protesto é suscetível de impedir a formação de contrato, ou a realização de negócio licito, tal exame inicial, se o protesto foi feito, não obsta a que depois se proponha a ação fundada no exercício abusivo do direito processual.

Aliás, aboadoutrinafoi acolhida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, e depois seguida pelos outros tribunais.

O fato de se ter decidido que o figurante não havia de figurar, ou havia de se afastar, ou de ter sido afastado por qualquer motivo o causador dos danos, *ex nunc* ou *ex tunc,* de modo nenhum exclui a incidência do ari 16.

Tem-se discutido se a apuração da responsabilidade por algum dano processual é *a)* no próprio processo em que ocorre o que se prevê nos arts. 16-18; ou *b)* somente pode ser objeto de ação autônoma em que se pede o ressarcimento; ou e) pode acontecer que caiba *a)* e fica ao interessado a escolha entre *a)* e *b)* ou d1~ ou o próprio juiz, de ofício, no caso *a),* condena, ou o interessado faz o pedido, ou *c)* a apuração da responsabilidade é de oficio ou a pedido, no próprio

processo ou o interessado propõe e ação autônoma.

A solução acertada é a solução *e).* Temos de repelir as soluções *d)* e *e),* porque só os arts. 20 e ~ 10, 529 e 538, parágrafo único, põem de lado o principio de não poder o juiz julgar de ofício, isto é, sem pedido da pessoa prejudicada. Pode acontecer que o litigante haja argúido a má-fé e a existência de danos originários da atividade da parte contrária e aí se há de entender implícito o pedido de ressarcimento. Se houve pedido no processo e o juiz reconheceu a má-fé da outra parte, mas não condenou, o assunto épara recurso ou para ação autônoma. O fato de o prejudicado, a despeito do reconhecimento judicial da má-fé, ter pedido no recurso, não é óbice àpropositura da ação rescisória. Os danos provenientes da má-fé do outro litigante podem ter advindo à *res iudicata* no procedimento em que ela ocorreu e a ação autônoma é admissível. Para que não o fosse, seria preciso que a coisa julgada fosse relativa à negação da má-fé ou negativa da indenizabilidade.

Pode haver fundamento para pedido de condenação, feito na própria ação rescisória, ou em virtude da sentença nela pronunciada, como também por má-fé na ação rescisória.

Quanto aos procuradores, nem são autores, nem réus, nem intervenientes, nem têm a responsabilidade do ari 16, salvo se em causa própria. O *procuratur in rem suam* não é só procurador, é procurador e titular: “alienas actiones suo commodo exercet, et ad quam pertinet utilitas, vel damnum”. A morte do outorgante é sem qualquer consequência (D. B. Altimaro, *Tractatus de Nuilitatibus,* II, rub 11, 2. 36, n0 31; Diogo Guerreiro, *De Munere iudicis orphanorum Opus,* Tractatus IV, Lib. 6, Cap. 2, n0 116). Assim, o procurador em causa própria ou é tido como autor, ou como réu, ou como interveniente. O outorgante pode ter sido terceiro.

Se o procurador do responsável procedeu de tal maneira que teve de ser responsável pelo dano processual o outorgante da procuração, então tem esse a ação regressiva contra o procurador, uma vez que foi o outorgado que cometeu os atos de má-fé, atribuidos ao autor, réu ou interveniente. Então, o que se atribuiu ao litigante e fundamentou a condenação não foi senão resultado de ter o procurador deduzido pretensão, em defesa, “cuja falta de fundamento não possa razoavelmente desconhecer” o procurador, ou de ter alterado “intencionalmente a verdade dos fatos”, ou de ter omitido “intencionalmente fatos essenciais ao julgamento da causa”, ou de ter usado

“do processo com o intuito de conseguir objetivo ilegal”, ou de ter oposto “resistência injustificada ao andamento do processo”, ou de ter procedido “de modo temerário em qualquer acidente ou ato do processo”, ou de ter provocado “incidentes manifestamente infundados”. De nenhum modo pode o litigante defender-se com a alegação de que a má-fé foi do procurador, e não dele.

Se o litigante de má-fé ganhou a causa, mas ficaram provados que atos positivos ou negativos foram de má-fé, tem-se de atender a que a vitória do litigante se limita ao mérito da ação e, a despeito do ganho da causa, ter havido algum dos casos de má-fé que levou a danos processuais.

5. Meios de defesa e seu exercício Exercício dos meios de defesa, isto é, em qualquer momento do processo até completa execução da sentença em que for vencido, é tratado como o do autor. A lei é tão exigente com o autor como com o réu ou o interveniente. Mais: nos casos em que o réu *pede* e o pedido não é mera negativa do pedido do autor, como autor se trata, e não como réu. Se o autor opõe, com malícia, “resistência injustificada” ao andamento do processo? Cabe a extinção do processo, uma vez que o autor abandone a causa por mais do prazo legal e intimado, não pratique, a tempo, o ato processual que lhe cumpre realizar, com as mais consequências legais. Essa penalidade não exclui, como talvez fosse a opinião de Pedro Batista Martins *(Comentários*, 1, 40), a apreciação do exercício abusivo do direito. A extinção do processo e a própria perempção da relação não constituíam, ainda com os efeitos específicos, suficiente indenização do réu, em *quaisquer casos:* a causa do dano, por omissão, pode ter determinado outros danos que os da omissão, como se o autor protelou o andamento, exatamente para que o réu, residente no estrangeiro, ou noutra parte do Brasil, esgotasse o tempo que lhe restava para se defender pessoalmente, ou estivesse ausente ao feito. Se o que mais acontece é a omissão sem danos acima daqueles que se indenizam com despesas do processo, livremo-nos de *apriori* preexcluir, em tais casos, a apreciacão do exercício abusivo do direito.

Se quem ter direito, pretensão e ação, não os tem, evidentemente vai ser vencido. Porém a sua responsabilidade só se irradia de assim ter procedido, se não havia razão para desconhecer (“não possa razoavelmente desconhecer”).

Pode acontecer que seja titular de direito e de pretensão, porém não tinha ação (no sentido do direito material) e, apesar de saber que não a tinha, propôs a “ação” de direito processual, com a alegação daquela. Demos um exemplo: B

propôs ação condenatória contra A, por ter ganho em jogo ou aposta, no setor proibido (Código Civil, arts. 1.477-1.479), e não podia desconhecer de que se tratava. Não tinha ação, de direito material, e não podia propor a ação condenatória. Dá-se o mesmo se C, que estava com A e B no salão de jogo, sabia e emprestou a A para jogar. O ari 17, 1, fala de "deduzir pretensão", mas entendamos direito, pretensão e ação. Se C estava no salão de jantar do hotel e emprestou a A sem saber que A queria o dinheiro para jogar, litígio de má-fé não há entre C e A.

6. Ato ou omissão do réu Se o ato ou a omissão do réu, no exercício de algum dos meios de defesa, compõe qualquer figura do ari 16, haverá lesão de direito. Se o réu estiver na situação de autor, como se reconveio, o ari 16

ser-lhe-á aplicável. Se continuou na situação de réu e o ato ou omissão nada teve com o exercício dos meios de defesa, pode ter havido ato doloso, ato ilícito; não, porém, exercício abusivo do direito processual. A regra jurídica do ari 16 aplica-se aos litisconsortes, substitutos, intervenientes adesivos ou assistentes, opoentes, etc.

7.

Natureza e eficácia da ação de indenização pelo procedimento de má-fé A ação com fundamento nos arts. 16

e 17 é exercivel em "ação" ou em reconvenção (2~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 12

de novembro de 1947, *R. F.*, 117, 196; 2~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 11 de novembro de 1946, 120, 487; Câmaras Civis Reunidas do Tribunal de Justiça de São Paulo, 7 de fevereiro de 1947, *R. dos T.*, 166, 775).

A ação é *condenatória.* Se a sentença que julgou a reconvenção transita em julgado, há a *actio iudicati* para a executar (l~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 21 de outubro de 1947, *R. dos 1'.*, 169, 140, e 172, 542).

A matéria dos arts. 20 e 35 de modo nenhum se confunde com a do ari 16. No ari 35, a alteração intencional da verdade, ou a maneira temerária de se conduzir no processo, é inferior à relação jurídica processual, ainda que em incidente, ou em

simples ato processual. No ari 16, o ato ilícito do autor é na intentação da demanda, e o ato ilícito do réu na ocasião da defesa, ou durante o procedimento, se um ou outro dá ensejo a algum dos pressupostos do ari 17. Tratando-se de documentos que têm de ser apresentados com a petição inicial, o ari 35 pode ser invocado.

Por outro lado, a ação dos arts. 16 e 17 é inconfundível como pedido secundário do ari 31, que supõe ter o autor ação fundada em dolo ou culpa do réu e incluir no pedido a condenação a pagamento de honorários. Não se poderia incluir na ação do autor pedido que supõe vir a ocorrer, eventual-mente, temeridade; nem o réu, defendendo-se, poderia incluir na defesa o pedido, teria de reconvir (cf. ~a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 12

de setembro de 1948, *R. dos T.*, 178, 810).

A ação de reivindicação tem por fito a restituição. Supõe que possua sem título, oriundo de proprietário, a coisa reivindicada a alguém, que é o demandado. Se nega esse que possui, isto é, que tenha posse, é questão prévia a da posse. Se o autor prova que o demandado tem posse, ainda se em nome de outrem, a quem podia nomear, a ação, em direito romano, aí terminava, pela entrega da coisa ao autor (L. 80, D., *de rei vindicatione,* 6, 1). Tal regra jurídica, que se tirou dos Comentários de Fúrio Anciano ao Edicto, não mais pertence ao sistema jurídico brasileiro, se bem que tivesse sído acolhida no direito anterior como no direito comum; não pertence também ao direito alemão, a despeito da afirmação de B. Windscheid *(Lehrbuch*, j 9a ed., 1002 s.). Com razão, Lothar Seuffert (Poenae temere litigantium, *Archiv fUr die civil istische Praxis,* 67, 344), a que seguiram Theodor Kipp, em nota a B. Windscheid, 1, 1004), e E. Rossteutscher *(Die Passivlegitiniation bei* rei vindicatio, 6). O que se dizia proprietário tinha de provar que o era: a sentença havia de ser sobre propriedade, e não sobre posse; *ajortiori,* só teria cabimento transferir-se, *per iudicem*, a "posse" ao autor, segundo a opinião de Fúrio Anciano, porque o réu faltou à verdade; aliás a sentença só teria eficácia possessória, que seria a da transferênciaper *iudice,n.* As Ordenações Filipinas (Livro III, Título 32, § 2) foram claras quanto à recepção da pena, segundo Fúrio Anciano, de perda da posse: "E se... o julgador perguntar ao réu se a possui e ele responder que não, e o autor provar o contrário, será logo privado da posse da coisa, e será entregue ao autor". Já assim, as Ordenações Afonsinas, Livro III, Titulo 26, § 1. O Código de Processo Civil não no manteve. Há, hoje, apenas, a eventual invocabilidade e a aplicabilidade da lei processual,

arts. 16 e 17 e 20-35.

Em direito romano, se o demandado alienava a posse da coisa na esperança de se furtar à restituição, o *qui dolo desíitpossidere* ficava sujeito à ação de reivindicação, com base na L. 131, D., *de diversis regulis iuris antiqui*, 50, 17, e na L. 20, § 6, *d., de he reditatis petitione,* 5, 3. Tal aplicação da reivindicatória, com eficácia de indenização, se não pode ir contra o terceiro, por ter adquirido a coisa, passou ao direito luso-brasileiro, que a conservou, até que veio o Código de Processo Civil de 1939. Não se confunda a situação do réu e a do terceiro, com a do réu e a do terceiro, se a coisa foi alienada, ou se foi alienada a posse, em fraude de execução.

Se o demandado respondia à ação dizendo, maliciosamente, ter posse, sem na ter, contra esse, *qui liti se obtulit,* era de julgar-se a reivindicatória (Manuel Borges Carneiro, *Direito Civil de Portugal,* IV, 43). Tal regra não tem hoje acolhida no direito brasileiro. Se há prova de que se fez passar por possuidor, não se pode julgar a reivindicação, posto que, *por analogia*, se possa condenar o demandado *qui liti se obtulit* a reembolso e honorários de advogado, na forma dos arts. 20-35, e às perdas e danos pelo exercício abusivo do direito processual.

8.

Falta de fundamento que o figurante não tinha razão para desconhecer O ari 17, 1, cogita de exercício de ação, ou de execução, ou de defesa, a que falta fundamento, e o figurante não tinha qualquer razão para ignorá-

la.’~’ A falta pode consistir em mera omissão, ou em falsa fundamentação. Não é falta deixar de apontar um fundamento se outro apontou que foi e é bastante.

O que se supõe, na espécie do ari 17, 1, é que o autor ou réu, ou quem intervém no processo, sabia ou tinha de saber (= razoavelmente não podia desconhecer) que não havia fundamento para o pedido ou a defesa, ou a arguição de interveniente.

Quem deduz pretensão ou defesa, cuja falta de fundamento não possa razoavelmente desconhecer, é a pessoa, autor ou réu, ou equiparado à parte, que alegou direito, pretensão, ação ou mesmo exceção, sabendo que não podia alegá-

lo. Daí serem pressupostos: *a)* a atividade processual; *b)* a afirmação de existir o direito, a pretensão, ou a ação, ou a exceção, ou de não existir direito, pretensão e ação, ou só a pretensão, ou só a ação ou a exceção (pode tratar-se do autor ou do réu, ou de alguém que se inseria na relação jurídica processual); *e)* o não ser admissível que ignorasse a falta de fundamento.

Para que se não possa invocar o ari 17,1, a despeito de ter havido falta, basta que algum fato somente depois foi revelado, quer pela notoriedade, quer pela manifestação de conhecimento, em comunicação pública *(e. g.*, em jornais), ou pessoal. Porém a falta do elemento do fundamento, a despeito de ninguém poder ignorar a lei, pode ocorrer excepcionalmente, como se o autor se achava no Brasil e propôs a ação sem saber que lei estrangeira, que devia ser aplicada pela Justiça brasileira, lhe retirara ou lhe alterara o seu direito.

Parte-se da suposição de que qualquer pessoa normal, ao ter de propor ação, examina se tem, ou se não tem, o direito, pedindo ao advogado que lhe explique em que se funda para os seus conselhos, os textos que vai invocar, os documentos de que precisa, os fatos que vai alegar. No fundo, dir-se-á, a lei processual mantém a regra de que *Nemo ius ignorare censetur* (Ordenações Filipinas, Livro III, Título 64; Carlos de Carvalho, *Nova Consolidação,* ari 18). Verdade é, porém, que a lei processual atenua a exigência demasiado retiliniforme da regra a frieza de racionalismo, indiferente à condição humana, de não se poderem desconhecer todas as leis, e de existir uma só versão para todas as regras jurídicas escritas ou não escritas, é substituida pela exigência de só se admitir o desconhecimento razoável.

Quando o ari 17, 1, II e III, diz que se reputa de má-fé o litigante que deduz pretensão ou defesa, cuja falta de fundamento não possa razoal mente desconhecer, ou alterar intencionalmente a verdade dos fatos, ou omitir intencionalmente fatos essenciais ao julgamento da causa, supõe os deveres das partes, porém não se diga que há presunção de má-fé. Tanto assim que, no ari 17, 1, só se supõe que a parte litiga de má-fé se “razoavelmente” não podia desconhecer a falta de fundamento do seu pedido ou da sua defesa; no ari 17, II, a alteração da verdade dos fatos há de ser “intencionalmente” feita; no ari 17, III, há de ter omitido, “intencionalmente”, fatos essenciais ao julgamento da causa. O elemento subjetivo é inafastável. Quem acoima de má-fé a atitude do litigante há de alegar e mostrar que foi sem razão o desconhecimento da falta de fundamento, como tem de apontar a intenção do litigante nos casos de alteração

da verdade dos fatos ou da omissão de fatos essenciais ao julgamento da causa. Às vezes há *evidência* de que o litigante conhecia a falta de fundamento do pedido ou da defesa, ou da intenção, na alteração da verdade dos fatos, ou na omissão de fatos essenciais ao julgamento da causa.

A verificação objetiva e subjetiva da má-fé, tomando-se como linha de conduta estreme de culpa a do homem de atitudes normais, dá-nos dois conceitos de ignorância: o desconhecimento desculpável, que é de lamentar-se, e não de se repreender, nem de se reputar nocivo à vida de relação; e o sem razão, indesculpável, ressaltante, em que a evidência da injustiça havia de ser vista pela parte (não pelo advogado, porque o desconhecimento, que é razoável para a parte, pode não no ser para o advogado). Ignorância indesculpável, dada a matéria da lide e as ocupações ou especialidade do autor (ou reconvinte, ou quem quer que tenha "pedido"), sem razão é. De modo que a atitude normal do homem que serve de modelo cresce de importância, ou decresce, conforme as circunstâncias individuais.

E. g., se se trata de banqueiro, a respeito de direito bancário; se de construtor, a respeito de direito relativo a construções. Se é menor, ou interdito, nenhum elemento pessoal se leva em conta: leva-se em conta o do representante ou assistente, contra o qual fica ao incapaz a ação para se indenizar do que venha a pagar. Se, porém, o mandatário excede os seus poderes de mandato, sem que o mandante os tenha ratificado, expressamente ou por ato inequívoco, a ação a propor-se é a de indenização por ato ilícito, e não a do ari 16. A inequivocidade do ato ratificante pode resultar do exame que o cliente fez da discussão da causa, da má fama do escritório de advogacia, de cujas tratilpas se quis aproveitar o cliente. A culpa *in eligendo* não precisa ser provada, ao contrário do que se passaria em certos casos de abuso do direito material.

9. Alteração intencional da verdade dos fatos">2 Se o figurante alegou o que não correspondia à verdade dos fatos a que se prendem os atos para o exercício da pretensão à tutela jurídica, ou do remédio jurídico processual, ou para a favorabilidade da decisão, ou das decisões, ou ele narrou o que teria acontecido e não aconteceu, ou o fez com diferenças que teriam conseqüências no processo e no julgamento. A alteração pode ser total ou parcial. Mas, para que haja a responsabilidade por perdas e danos, é preciso que tenha havido a *intenção* de fraudar a verdade.

Portanto, o conhecimento do que era verídico *mais* o fito de alterá-la, no todo ou em parte.

No ari 17, II, fala-se de litigante alterar intencionalmente a verdade dos fatos. Isso não ocorre se o autor ou o réu ou quem fala nos autos alega a existência de fatos (lato senso) que não existiram nem existem, nega fatos que verdadeiramente existiram ou existiram e existem, ou descreve os fatos como se fossem outros que aqueles que aconteceram ou aconteceram e persistem. Um dos pressupostos para a responsabilidade é de ter havido intenção de alterar a verdade. Pode não ser verdadeira a alegação ou a negação, sem que tenha havido qualquer má-fé. Não se tem de apreciar se o litigante vai ganhar ou perder a ação. Pode ter razão, mas haver mudado de má-fé a verdade dos fatos, portanto dando ensejo a perdas e danos *(e. g.,* a outra parte, vencida no pleito, teve muito de gastar para que fosse afastado o que a vencedora trouxera à produção de provas e à discussão). O que aí se apura é o dano processual.

10. Omissão intencional dos fatos essenciais ao julgamento da causa Enquanto, no ari 17,11, o assunto se restringe a intenção de alterar (no todo, ou em parte, positivamente), o ari 17, III,'» trata da omissão na referência a fatos essenciais ao julgamento da causa, o que supõe a alteração total ou parcial negativa. A ambas as espécies é pressuposto necessário para a responsabilidade a intencionalidade, ali quanto ao dizer e aqui quanto ao não-dizer. A omissão toma-se mais grave se outro figurante algo afirmou e o depoente o negou, pois foi além do deixar de dizer: mentiu; alterou a verdade dos fatos, intencionalmente.

Aqui, em vez de se cogitar de alteração intencional da verdade dos fatos (ari 17, II), é de omissão que se trata: não se levou ao conhecimento do juiz que era essencial para o julgamento da causa (ari 17, III). A omissão pode ser total (silêncio), ou apenas relativa a elemento do fato, ou à sua ocorrência no tempo ou no espaço. O que é preciso é que a omissão, integral ou não, pudesse levar o juiz ajulgar, erradamente a causa. A omissão tanto poderia impedir a decisão justa, como a que só algum ponto venha a ser contra a justiça.

11. Uso do processo com intuito de conseguir objetivo ilegall>M A lei subordina quem, com o processo (seja nele o autor, ou o réu, o interveniente, ou quem que nele figure como titular de pretensão à tutela jurídica), tem por fito, algum objetivo ilegal à indenização de perdas e danos, que de tal atividade haja

resultado. Muitos são os casos que se podem mencionar como exemplos: a propositura de ação condenatória, mesmo se o autor tem pretensão e ação para exigir pagamento de dívida, se o objetivo é diminuir o prestígio econômico do devedor, que imediatamente pagaria a dívida, ou na data fixada, se não estivesse em viagem e o autor lhe tivesse dito, pelo telefone, que esperava a sua volta, para ir ao seu escritório com o tiulo de crédito; a reconvenção em que o demandado quer tomar público que terceira pessoa, que auxiliou no negócio jurídico em segredo, conhecia o que se passou; o interveniente que visa mostrar ao público o que se passou e se passa entre ele e o autor, ou o réu.

Aí, na espécie do ari 17, IV, o que lesa a outro litigante é o próprio uso do processo, como se o propósito foi o de suscitar ações de outros credores contra o réu, ou de ,em conluio com o réu, propor ação executiva por dívida inexistente, para que terceiro não possa ir contra o caso insolvente. Uso improbo do processo pode ser por parte do opoente (ou dele em colisão com uma das partes), ou do reconvinte, ou nomeante à autoria, ou do litisdenunciante, ou de quem chama ao processo o devedor, ou outro fiador ou outros fiadores, ou devedor solidário ou devedores solidários. Também nesses casos pode haver conluio.

Se o terceiro, que sofre com o uso lesivo do processo, não foi interveniente, tem ação (de direito material) contra o improbo litigante, ou os improbos litigantes, e o remédio jurídico processual (“ação”).

12. Resistência injustificada>>5 Resistência injustificada é todo ato que, sem apoio na lei, obedeceu apenas ao intuito de chicana, protelação, ou deferimento, para qualquer mudança de circunstâncias, ou embaraçamento das provas do autor ou do réu. A malícia é elemento essencial. Não basta a resistência injustificada, em que a culpa do réu ou do autor seja leve. O adjetivo permite certa vacilação dos juizes na apreciação da justa resistência, com todas as variantes do conteúdo jurídico-moral do conceito.

104 Primitivamente no inciso IV. a Lei n0 6.771/80 pôs esse dispositivo no inciso III. lOS Atual inciso IV, era o inciso V, antes da Lei n0 6.771/80.

Como, em tais casos, o exercício abusivo do direito não se liga ao pedido, e sim ao andamento do processo, tendo ocorrido a resistência injustificada, pode o autor, o réu ou o interveniente propor a ação, desde que náo seja para impedir a atuação do outro figurante, e sim para se lhe cobrar a indenização pelo ato

pretérito.

A resistência injustificada de que cogita o ari 17, V, pode ser por meio de atos (resistente ativo), ou por meio de omissões ou retardamento (resistente passivo). O que é necessário é que seja injustificada (= não houve razão para a resistência ativa ou passiva) e pertube o andamento regular do processo.

No ari 17, V, diz-se litigante de má-fé aquele que opõe “resistência injustificada ao andamento do processo”. Na resistência ativa, é a prática do ato ou dos atos que dificulta ou impede o andamento do processo; na resistência passiva, ou há omissão, definitiva ou não, que leva ao retardamento. Se não houve o intuito de tal consequência, má-fé não houve. Pode acontecer que a causa provenha dos próprios atos do juiz, ou de algum dos funcionários, ou do Ministério Público, ou de algum auxiliar da Justiça, como o perito, o administrador, o depositário, ou o intérprete.

13. Conduta temerária em qualquer incidente do processo Temeridade, *temeritas,* é palavra usada na terminologiajuridica luso-brasileira para designar o que se pratica com imprudência, arrojo, ousadia, audaciosidade.

Não é preciso para que o procedimento se considere “de modo temerário” que nele haja dolo ou mesmo malícia (Pedro Barbosa, *Commentarii ad Interpretationem Tituli Pandectarum de Iudiciis,* 477 e 482: “Verbum temere non praesupponit dolum, neque malitiam, sed quandam facilitatem, et incuriam, sive incogitantiam”; “Temeritas stricte sumpta significat aliquid fieri, sine prudentia, et inconsiderate, et sine consilio”). Pergunta-se se basta a má-fé. A resposta tem de ser afirmativa.

A má-fé prova-se por simples conjectura e presunções; não o dolo (cf. Melchior Febo, *Decisiones Senatus Regni Lusitaniae,* d. 133, 4).

Outra questão: no caso de lide temerária, assunto do ari 17, VI, é de exigir-se a má-fé? Claro que sim, uma vez que no início do ari 17 se diz que se reputa litigante de má-fé se “proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo” (ari 17, VI).»>6

No ari 17, VI, fala-se de proceder o litigante “de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo”. Com isso não se dilata o sentido de má-fé, pois a

temeridade nele se contém.

A temeridade pode ser de ato físico ou simplesmente verbal, consistir em provocação ou revide demasiado imprudente, ou violento, ou arrojamento reprovável.

No caso de concurso eletivo de ações, o emprego de ação mais vexatória de maneira nenhuma seria pressuposto suficiente para a figura da lide temerária: teria de haver essa escolha, como a de qualquer outra acão, *mais* o pressuposto de má-fé (que aliás importaria escolher ação que não cabia). Em todo o caso, o fato de optar pela forma mais danosa ao réu ‘»~ e menos útil *in casu* ao autor, em vez de seguir o caminho do menos danoso ao réu e mais eficaz para o autor, serve para reforçar o pressuposto da má-fé.

14. Incidentes sem razão de ser O ari 17, VII,’»» refere-se a “incidentes manifestamente infundados”. Quer dizer: circunstância acidental, episódio, atitude de quem procede de má-fé, ou, com má-fé, provoca atitude defensiva, violenta ou fora do protocolo ou da moral, por parte de qualquer pessoa que seja figurante do processo, juiz, ou membro do Ministério Público, ou Serventuário. O que importa é a causa do acidente, sem razão por parte de quem o causou ou fez alguém causar.

A parte, que está ou não de boa-fé, no processo principal, pode provocar incidente manifestamente infundado. A regra jurídica apanha qualquer litigante. Para que o juiz o repute litigante de má-fé, basta que a provocação de tal incidente seja, para ojuiz, manifestamente infundada. Às vezes tais incidentes servem a retardamentos que desejaria o litigante.

Ari 18. O litigante de má-fé’) indenizará 2) à *parte contrária os prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.*

~10. Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidaria 107 Diante do ari 620. que tem por destinatário o juiz, a escolha pelo credor do meio mais gravoso para o devedor não leva, só por si, à incidência do ari 17, V., a menos que se comprove a má-fé do exequente e que disso resultem prejuízos.

108 Atual inciso VI, era o Vil, antes da Lei n0 6.771/80. *mente aqueles que se*

coligaram para lesar a parte contrária3).

SS *2'~ Não tendo elementos para declarar, desde logo, o valor da indenização, o juiz mandará liquidá-la por arbitramento na execução4).*

1. Litigante Qualquer pessoa, ou mesmo sociedade não-personificada, que se inserir na relação jurídica processual, ou que possa ir contra ela, conforme a lei (por exemplo, quem foi presentado ou representado como autor, ou como réu, ou como interveniente, sem que, presentante ou representante, tivesse poderes, ou qualquer poder), fica sujeita às sanções do ari 18.

Um dos pressupostos essenciais é a má-fé. A má-fé foi definida no ari 17.'»>'

2. Indenização e reembolso O litigante de má-fé, conforme o conceito que está nos arts. 16 e 17, uma vez que causou danos, tem de pagar os prejuízos que a parte contrária sofreu *mais* os honorários advocatícios e todas as despesas que pagou. Trata-se de regra jurídica que não distingue autor, réu ou interveniente, nem sequer o ter vencido ou perdido a causa. Cumpre advertir que os textos do ari 18 e §§ l~' e 20 são diferentes dos que constavam do Código de Processo Civil de 1939, ari 63 e §§ 10, 20 e 30, razão para se não poder aludir, em muitos casos, à doutrina e à jurisprudência anteriores.

No Código de 1939, o ari 63 dizia que a parte vencida, que tivesse alterado, intencionalmente a verdade, ou se houvesse conduzido de modo temerário no curso da lide, provocando incidentes manifestamente infundados, seria condenada a reembolsar à vencedora as custas do processo e os honorários do advogado. No ~ 1~, quando, não obstante ter sido vencedora, a parte se conduziu de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo, o juiz devia condená-la a pagar à parte contrária as despesas a que houvesse dado causa.

No Código de 1973, ari 18, apenas se estatui que o litigante de má-fé indenizará à parte contrária os prejuízos que sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou. Pergunta-se: j,tem o juiz de condenar o litigante de má-fé, ou ao prejudicado é permitido propor ação? Sim, se ele pode, na sentença, condenar o responsável, por ter todas as provas do ocorrido. Se entendeu que lhe faltam dados suficientes, não. Seria desaconselhável que o lesado não pudesse propor ação por danos provenientes de dano processual. Dizer-se que o Código de 1939, no ari 63, explicitamente dizia ser a regra jurídica aplicável "sem

prejuízo do disposto no ari 3o~~

e, hoje, o Código de 1973, arts. 16-18, não contém tal remissão, é sem qualquer fundamento. O ari 63 do Código de 1939 estava no Título VII (Das despesas judiciais), Capítulo 1 (Das custas e multas), de modo que acertadamente ressalvou a espécie do ari 30, que versava sobre a responsabilidade por perdas e danos por dano processual. O

Código de 1973, no Capítulo II (Dos deveres das partes e dos seus procuradores), Seção II (Da responsabilidade das partes por dano processual) começou pela regra jurídica de responsabilidade dos que pleiteiam de má-fé, como autor, réu ou interveniente (ari 16) e essa regra jurídica é a que se achava no ari 30 do Código de 1939, no Livro 1

(Disposições gerais), logo no Título 1 (Introdução). O que era ação continuou a existir, tendo-se posto, aí, o que antes estava nas custas e multas. Há outras regras jurídicas que se referem àresponsabilidade, em espécies que se ligam à ação *(e. g.*, a pessoa a quem incumbia a nomeação à autoria e não o fez, ou nomeou pessoa diversa daquela em cujo nome detém a coisa demandada, responde por perdas e danos, ari 69, 1 e II). Competente para julgar a ação é o juiz que conheceu do processo em que ocorreu o dano processual."» Outro exemplo de ação por dano processual é o do ari 1.069.

Segundo o ari 16, há a responsabilidade do litigante de má-fé, pelos danos que cause. Aqui, a lei fala dessa ação de indenização, *mais* o reembolso. Por isso mesmo, a parte da sentença em que se aplicou o ari 18, 1a parte, não fará coisa julgada material para aquela ação. Quando muito, reforçará as provas que constarem dos autos, e terão de ser, se produzidas como documento, no juízo da ação de indenização, examinadas pelo juiz. A sentença condenatória a que o ari 18, 2a parte, se refere constituiu mero elemento para o estudo de outro juiz. Esse fato se encontra, por vezes, no direito interno e no internacional.

Talvez o comentarista tivesse presente a hipótese do ajuizamento da ação, enquanto ainda não extinto o processo da ação onde se deu o ato causador dos prejuízos e haja, então, raciocinado, considerando o ari 108, pelo nexo de acessoriedade entre uma e outra, ou mesmo o ari 103, insuficiente, na sua literalidade, para comportar todos os casos de conexão, e o ar». 253. Extinto, entretanto, o processo da ação principal, parece não existir, no Código, regra

conservadora da competencia residual do respectivo juízo.

O litigante de má-fé pode ser condenado a indenizar. Não se disse *a)* se a condenação depende de pedido da pessoa a que se há de fazer a indenização, ou *b)* se pode ser decidida de ofício. A omissão levou, no direito anterior, a divergência, mesmo no Supremo Tribunal Federal, 2~ Turma, a 10 de maio de 1957, no sentido de *a),* e a 10 de outubro de 1950, no sentido de *b).* Ora, no ari *15,* estatui-se que é defeso às partes e seus advogados empregar expressões injuriosas nos escritos apresentados no processo, cabendo ao juiz, de ofício ou a requerimento do ofendido, mandar riscá-las. Mas, aí, a atitude do legislador foi diferente, e não se pode pensar em decisão de ofício se não há regra jurídica a respeito.

3. Pluralidade de litigantes de má-fé Se dois ou mais foram os litigantes de má-fé *(e. g.,* dois ou mais litisconsortes ativos, ou dois ou mais litigantes passivos, ou litisconsortes, ou qualquer das partes e o assistente, ou qualquer das partes e o nomeado à autoria), há duas hipóteses: haver diferença dos interesses na causa (qdantitativa, ou qualitativa), caso em que a condenação é peculiar a cada litigante, servindo para o cálculo o valor do interesse; ter havido coligação para o ato ou os atos de má-fé, razão para que seja igual e solidária a obrigação de cada um.

Se, sendo diferentes os interesses, a coligação é para lesar a outra parte, ou as outras partes, há a solidariedade, de modo que pela soma dos danos são obrigados todos os coligados.

4.

Falta de elementos imediatos para o cômputo Se o juiz se julga sem os dados suficientes para a condenação à indenização em quantia líquida, quer seja um só o litigante de má-fé (ari 18), quer sejam dois ou mais (ari 18, ~ jo), o juiz mandará que se proceda à liquidação, por arbitramento, “na execução”. Aí, surge o problema: a liquidação é logo no processo de conhecimento, ou na ação da execução. Temos de entender que, se a eficácia executiva da sentença no processo de conhecimento é 4 (eficácia imediata), basta o mandado; se a ação é executiva, a liquidação édurante ela, no momento em que se liquida o principal; se a eficácia da sentença de conhecimento é apenas 3

(eficácia mediata), tem-se de aguardar a *actio iudicati* (ação de execução de sentença).

Se o juiz declarar, desde logo, o quanto da indenização, há a *actio iudicati*, porque a sentença condenatória tem 3

de executividade. Se entende que não tem elementos para dizer, desde logo, qual o valor da indenização, a sentença leva à ação executiva, onde se há de fazer a liquidação (arts. 606, 1, *verbis* "determinado pela sentença", e 607).

Seção III

Das Despesas e das Multas

Ari 19. Salvo as disposições concernentes à justiça gratuita>), cabe às partes prover as despesas2) dos atos que realizam ou requerem noprocesso3), antecipando-lhes o pagamento desde o início até sentença final; e bem ainda, na execução, até a plena satisfação do direito declarado pela sentença.

~S 100 pagamento de que trata este artigo será

feito por ocasião de cada ato processuat).

~S *20 Compete ao autor adiantar as despesas*

relativas a atos, cuja realização o juiz determinar de oficio ou a requerimetno do Ministério Público5).

1. Justiça gratuita O ari 19 começa por uma exceção ao princípio do provimento das despesas: tratar-se de justiça gratuita. Nota-se, desde logo, que o código de 1973 não cogitou de regras jurídicas sobre justiça gratuita. Havia e continua aplicável a Lei n0 1.060, de 5 de fevereiro de 1950 (sobre a concessão de assistência judiciária aos necessitados). Gozam dos benefícios os nacionais ou estrangeiros residentes no Brasil (ari 20). Considera-se necessitado aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família (ari 20, parágrafo único). O ari 30 aponta tudo que há de ser incluso na assistência. A missão do advogado consta dos arts. 11, 14-16. na lei n0 *4.215*, de 27 de abril de 1963

(Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), há os arts. *90-95* (da assistência judiciária).>'> Não se fala das sociedades não personificadas, nem mesmo das pessoas jurídicas, posto que a Lei n0 1.060, ari 12, aluda a "aqueles que possam pagar as despesas do processo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família".

Pensemos numa escola, com fundo de caridade, ou numa fundação hospitalar, que se ache em dificuldade. O juiz é que tem de III Const. 88, arts. 50, LXXIV, XXXIV, e 134. A Lei n0 4.215, de 27.04.63, foi revogada pela Lei n0

8.906, de 04.07.94, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a OAB, sem cuidar da assistência judiciária. Vd., porém, o ari 34, XII, dessa lei. examinar, de início, o pedido de assistência judiciária. Não se há de dar interpretação aos textos brasileiros que ofendam a moral e os bons costumes. Tanto tem direito à assistência judiciária os que estão num asilo de caridade como a própria entidade, personificada ou não, que não tem meios para as despesas no juízo singular ou no tribunal. O que pode acontecer é que alguém, sabendo ou não, do que ocorreu, faça doação à entidade caritativa.

Surgem alguns problemas. Por exemplo: o assistido saiu vitorioso na ação e o importe a receber é suficiente para enriquecê-lo, sem que o vencido possa pagar o adiantado ficticiamente. Se o vencido tivesse meios, evidentemente arcaria com todas as despesas. Não as tendo, o que é a hipótese acima mencionada, pode pedir a gratuidade.

Na Constituição de 1967, com a Emenda n0 1, diz o ari 153, § 32, que "será concedida assistência judiciária aos necessitados, na forma da lei".>'2 A regra jurídica já constava da Constituição de 1934, ari 113, 32, e da Constituição de 1946, ari 141, ~ *35.*

Há *direito subjetivo à assistência judiciária,* há *pretensões* e *ação* contra o Estado, conforme a percepção dos emolumentos, custas, taxas e selos (União, Estados-membros). Quer dizer: provada a miserabilidade, que é, na espécie, o não poder alguém pagar advogado, emolumentos, custas, taxas e selos, não podem os juizes deixar de processar e julgar os feitos. Isso confere valor especial aos artigos da lei processual sobre justiça gratuita. A lei é *federal,* porém os Estados-membros e os Municípios desde que não a cerceiem, mesmo em interpretação podem legislar sobre assistência judiciária.

Quanto à legislação vigente desde 18 de setembro de 1946, que foi a data da promulgação da Constituição de 1946, é possível a melhora, não a revogação. Não nos referimos à data da promulgação da Constituição de 1934, porque foi cortada a incidência pela Constituição de 1937.

Assistência judiciária e *benefício da justiça gratuita* não são a mesma coisa. O benefício da justiça gratuita é direito à dispensa provisória de despesas, exercível em relação jurídica processual, perante o juiz que promete a prestação jurisdicional. É instituto de direito pré-processual. A assistência judiciária é a organização estatal, ou paraestatal, que tem por fim, ao lado da dispensa provisória das despesas, a indicação de advogado. É instituto de direito administrativo. Para o deferimento ou indeferimento do beneficio da justiça gratuita é competente o juiz da própria causa. Para a assistência judiciária, a lei de organização judiciária é que determina qual o juiz competente.

A finalidade política do ari 153, * 32, da Constituição de 1967º~, não poderia ser, e não é, a de abolir o instituto de direito pré-processual do benefício à justiça gratuita; é o de dar à União, aos Estados-membros, ao Distrito Federal, aos Territórios e aos Municípios, quanto à assistência judiciária, *dever de organização,"5* e o Congresso Nacional e as Assembléias Legislativas hão de evitar a simples reprodução de regras jurídicas concernentes ao benefício da justiça gratuita, sem organizar a assistência judiciária.

Enquanto o benefício da justiça gratuita se limita aos processos, inclusive cautelares e de preparação de prova, a assistência udiciária apanha quaisquer atos que tenham de servir ao conhecimento da justiça, como as certidões de tabeliães. Dai a conveniência de se pedir a assistência judiciária antes de se ingressar em juízo. Todavia, não se exclui do benefício da justiça gratuita qualquer processo judicial *(e.g.*, arrolamento de bens, ia Câmara do Tribunal de Justiça da Bahia, 5 de junho de 1931, *R. dos T.*, 44,138 e 286). Se só se exerceu o direito ao beneficio da justiça gratuita, não se pediu assistência judiciária, confusão em que incidiu o Conselho de Justiça do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a 10 de março de 1950 *(D. da J.* de 29 de abril de 1954, 1408). Certa a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará, a 9 de julho de 1951 *(J. e D.*, IV, 173). Em causa ou em causas de que dependa a ação ou a defesa do beneficiado, ou que haja seu interesse, têm-se de dar as certidões do processo de que ele dependa. Não se preexcluem do benefício da assistência judiciária, nem do benefício da justiça gratuita, os funcionários públicos, inclusive os magistrados.

Já assim, no mesmo sentido do que dissemos ao tempo do Código de 1939, as Câmaras Reunidas do Tribunal de Justiça de Pernambuco, 12 de julho de 1950 *(A. F.*, 27, 191).

Tanto a respeito do benefício da justiça gratuita quanto a respeito do benefício da assistência judiciária, o deferimento na primeira instância se estende à superior ou às superiores instâncias (Câmaras Reunidas do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 31 de agosto de 1949).

O

pedido do benefício da gratuidade é autuado em separado, razão para se tratar de recurso de apelação (Lei n0

1.060, ari 60). A apelação é sem efeito suspensivel (Lei n0 6.014, de 27 de dezembro de 1973, ari 90, que deu nova redação ao ari 17 da Lei n0 1.060).

114 Vd.as nota sl07el09.

115 Vd.a notas 09.

2. Despesas *(a) Despesas judiciais* são todos os gastos que se fazem em juízo, durante algum processo, a partir dos selos e mais dispêndios da própria petição, quer se paguem pelos atos processuais, quer por outra causa, inclusive por falta de alguma das partes. As despesas compreendem as custas, os honorários dos advogados, as multas às partes, o que se desembolsou para que se verificassem as pericias, as custas da perícia, a condução e indenização às testemunhas, os pareceres de jurisconsultos de que lançou mão a parte para seu esclarecimento ou efeito de melhor tratamento em público da matéria etc. Nem todas essas despesas se consideram *processuais,* ou *judiciais.* O

pagamento de pareceres é extraprocessual. Mas as outras despesas que mencionamos não no são.

As despesas judiciais estão subordinadas a princípios de direito processual somente no que concerne à condenação a suportá-las.

(b) Custas são aquela parte das despesas judiciais que, relativas àinformação, propulsão e terminação do processo, são taxadas por lei; e hão de ser contadas

contra a parte vencida segundo o princípio geral de direito processual *Victus victori expensas condemnatur,* que é suscetível, em todo caso, de maior ou menor atenuação pela lei. Ao receber esse princípio, o direito processual de cada país, ou lhe dá o caráter de regra jurídica (imperativa) de aplicação automática, ou de regra jurídica de aplicação estimulada (dita “a requerimento da parte”). No primeiro caso, a congência da regra naturalmente tal como se conformou, íntegro, atenuado, ou reforçado por dobro ou outra multiplicação dos gastos como penalidade, etc. faz o juiz decidir sobre quem paga as custas, ainda que não se haja pedido.

O Código, ari 20, seguiu o primeiro caminho. Poderia ter preferido a concepção das custas elemento do pedido.

Não há, no presente direito processual brasileiro, a necessidade de se pedir a condenação nas custas. O juiz aplicará de ofício as regras do Código, relativas ao cargo das custas.

Custas são os gastos das partes ou dos que, incidentemente, vêm ao processo para gestão do procedimento. Dizem-se *judiciais,* se se originam de atos processuais em que tenha agido o juiz ou outro funcionário público, ou pessoa nomeada pelo juiz, que haja de atuar. Dizem-se *extrajudiciais* quando percebidas pelos advogados (então honorários de advogado são custas) ou expendidas fora de juízo, como o transporte, o preço dos telegramas e telefonemas e o papel, ou outros materiais para aposição de selos em bens, cofres e documentos. As vezes, as leis empregam a expressão “custas” em senso assaz largo, o que se há de examinar.

Devedor de custas é quem dá ensejo a elas, custeia o que suscitou. Se o simples requerimento do ato impulsiona o procedimento, desde o ato de requerer são devidas as custas; se o impulso ou o que se requer depende de ato processual do juiz ou de algum funcionário, desde que se consuma, salvo se o caso é de preparo. *Preparo* diz-se o quanto necessário para que o ato processual, não de parte, seja praticado. De ordinário, tais custas pagas após o ato, e não antes, como acontece às certidões e cópias. O preparo é satisfação da exigência legal de ser antecipado o pagamento das custas. Algumas despesas são pagas em dinheiro; outras, em selos.

Qualquer ato do autor ou do réu, a respeito das despesas, antes de ser decidido

quem as paga, seria intempestivo.

Tampouco é possível pôr-se nos contratos que, havendo litígio, as custas correrão por conta de uma das partes qualquer que seja a solução judicial. Nos testamentos, porém, o testador pode deixar o legado livre de qualquer despesa, inclusive de custas. Porque aí doou o legado tal como está, e à herança cabe entregá-lo. Tudo, no testamento, é no futuro.

Assim, tem o juiz de condenar quanto às despesas, ainda que o autor diga, no pedido, ou mais tarde, que não as quer, ou o réu, que as paga. Se a parte autora entende renunciar, ou se o réu assumiu tal obrigação, o negócio rege-se pelos princípios de renúncia de direito material ou de obrigação de direito material, e não pelas regras de direito processual. O fundamento do princípio da inclusão da condenação às despesas na sentença, sem necessidade de pedido, é a imperatividade e automaticidade da regra jurídica (ari 20). A que obedeceu ele: a sugestões de serem acessório às custas ou de ter interesse o Estado em que os litigantes sem razão sejam condenados a pagar as custas?

O argumento da acessoriedade é o verdadeiro, pois nunca no direito lusitano e no brasileiro a condenação às custas teve intuito penitencial, nem *a fortiori,* penal. O elemento penitencial, repressivo, constitui adminículo acidental, como acontece nos casos do ari 35.

A inclusão de regras de despesas no Código de Processo Civil serve de base aos Regimentos de Custas, correspondentes às diferentes organizações judiciárias. Não invadem, como pensam alguns, o campo deles. Não são todas essas normas, de modo nenhum, regras jurídicas de organização judiciária. Trata-se, evidentemente, de princípios que concernem mesmo à parte material, excepcionalissima, do direito processual, parte que por isso mesmo se poderia pôr em leis de direito material. Atribuem-se direitos, dão-se direitos subjetivos, pretensões, ações, concernentes a custas. Algumas regras são apenas sombras de regras de direito civil no plano do processo.

(c) As *multas* são penalidades. Aqui, a condenação envolve a falta de alguém, em vez de condenação nas custas, que é simples discriminação de direitos e obrigações quanto às custas do processo.

No ari 19, § 20, diz-se que compete ao autor adiantar as despesas relativas a atos,

cuja realização ojuiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público. É erro interpretar-se tal regra jurídica como limitação do conteúdo da expressão “despesas”. As despesas compreendem as custas, gastos de viagem, diária de testemunha, remuneração de assistente técnico, do perito nomeado pelo juiz e os honorários de advogado (cf. arts. 20, §§ 2~’ e 30 33 e 421). Quanto a quem cabe prover às despesas do processo, com adiantamento, cf. arts. 19, § 20; 24, 25, 29

e 33. Quanto ao momento em que têm de ser pagas, ari 19, § 1~. Quanto a quem finalmente as paga, arts. 20, 21 e parágrafo único, 22, 23, 25, 26 e §§ l~ e 20; 27, 28, 32, 33 e 1.069.

3. Princípios jurídicos sobre despesas Os princípios que regem as despesas são os seguintes: *(a)* A obrigação de pagar as despesas nem sempre tem a mesma natureza, a de pagar custas ao Estado, inclusive as chamadas custas de juizes, órgãos do Ministério Público, paguem-se em selo ou não, pertence ao direito público; a de pagar custas ao advogado, ou nas relações entre as partes, é de direito privado. *(b)* Quando as despesas foram pagas por uma das partes que, a final, não foi condenada a elas, a obrigação da que as tem de restituir à parte assim desembolsada é de direito privado. *(c)* A despeito do que antes se disse, a obrigação de pagar ou restituir despesas nada tem com a relação de direito material, que se examinou no pedido, nem com ela no estado último em que a pôs a sentença.

Uma das consequências é a de poder ser constrangida a restituir mais do que era objeto do processo, ou teria de receber se houvesse ganho a causa. *(d)* A regra fundamental, em matéria de despesas, é a de que o litigante vencido as paga, ainda mesmo na execução forçada da sentença. O Código não a explicitou, porém os arts. 20-23 a supõem como principio geral de direito judiciário material.

(e) Despesas só se devem por força de resolução judicial se nelas foi condenada a parte. Tal resolução é sentença, que se comistura com a sentença na demanda, ou, em caso de omissão do juiz, se pedem por meio do recurso. Se não há recurso, por *ação de despesas.* A sentença na demanda, ao decidir sobre custas, pode ser sentença condicional ou com reserva (Rudolf Pollak, *System,* 69). O ponto da sentença em que o juiz infringiu regra de lei processual ou de direito material sobre despesas e suscetível de rescisão. (1) A restituição das despesas

pede-se por ação

própria. Existe pretensão à restituição delas. (g) Às vezes, as leis subordinam certos atos, ou a co-participação, ao pagamento prévio das custas.

Conforme o ari 19, as partes é que têm de custear o processo, cada uma delas adianta o que é necessário para prática de ato seu ou de sua iniciativa (“prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo). Tudo ocorre desde o ingresso da parte no processo até que se cumpra a sentença.

No tocante às ações de desapropriação, diz o ari 30 do Decreto- lei n0 3.365, de 21 de junho de 1941: “As custas serão pagas pelo autor se o réu aceitar o preço oferecido; em caso contrário, pelo vencido, ou em proporção, na forma da lei.” Se hão acordo do ari 10 do Decreto-lei n0 *3.365,* as custas hão de ser pagas pelo que, no acordo, assumiu a obrigação de as pagar; se o acordo não o previu, pelo desapropriante. Se não houve o acordo do ari lOdo Decreto-lei n0 3.365, mas sim o do ari 22 *(verbis* “concordância sobre o preço”), homologado pelo juiz, paga-as o desapropriante que é autor. Se não houve o acordo do ari 10, nem o do ari 22, há o laudo pericial, a audiência de instrução e julgamento e a sentença do ari 29. Então, ou a contestação do réu é precedente, ou não no é, no todo ou em parte. A procedência no todo tem a consequência de se carregarem as despesas ao desapropriante, que é vencido e pretendeu desapropriação sem ter direito a desapropriar. A procedência em parte, que importa não se dar a desapropriação, trata-se como improcedência total da ação, devendo carregar-se as despesas ao desapropriante *(e.*

g., não se pagou ou não depositou o quanto da indenização , não havia razão para se desapropriar). Se a ação é julgada procedente, mas a indenização não foi a que se oferecera, nem a que exigia o dono do bem, a condenação nas despesas é proporcional. Se o demandado rejeita a oferta e indica outro quanto, ou, simplesmente, que se arbitre, entendeu a i8 Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 12 de julho de 1943 *(R. dos T.,* 148, 217 s.), que não paga as despesas, o que é temperamento ~ U parte do ari 30, onde só se fala do que aceitou o quanto oferecido; mas, se o demandado não aceita o quanto arbitrado, trata-se como vencido para o efeito da condenação proporcional (j8 Câmara Civil, 8 de junho de 1942, *R. F.,* 96, 645 s.), salvo se o arbitrado coincide com o que se ofereceu, porque aí as custas são pagas somente pelo demandado. Se o autor desiste da ação, carregam-se~lhe as despesas (Código de

Processo Civil, ari 26); se por transação, metade a cada um, salvo acordo sobre isso (ari 26, § 20). Se o bem for desapropriado por duas ou mais entidades estatais (União e Estado-membro, Distrito Federal, Território ou Município; Estado-membro e Município, ou Distrito Federal; Distrito Federal e Município de alguma unidade estatal, ou Território), o que pode ocorrer, como se é para edificação de ponte comum, ou hospital de fronteira, ou estrada de rodagem comum, ou ereção de monumento de interesse comum, as despesas são repartidas em proporção, se os valores ofertados são diferentes, e têm de ser condenadas às despesas. Se o bem desapropriado é propriedade de duas ou mais pessoas, as despesas, em que hão de ser condenados, são proporcionais.

No código de Processo Civil de 1939, o ari 892 estatuía que não se expede mandado executivo se a execução depende de prova de contraprestação devida ao executado pelo credor. A 38 Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 8 de junho de 1943 *(R. dos T.*, 146, 166 s.), aplicou-o, em processo de execução por custas, contra o desapropriante, que não cumprira deveres e obrigações oriundos da desapropriação, *in casu* de demolir prédios e levantar parede.

No Código de 1973, ari 615, IV, diz-se que cumpre ao credor provar que adimpliu a contraprestação, que lhe corresponde, ou que lhe assegura o cumprimento, se o executado não for obrigado a satisfazer a sua prestação senão mediante a contraprestação do credor. A despeito de redação mais longa, é a regra jurídica que estava inserta do Código de 1939.116

A remessa de autos para outro juízo é à custa de quem o requer (Manuel Álvares Pêgas, *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*, II, 433; III, 550; V, 116; 14,48), ou da pessoa a quem se assinou prazo para que suscitasse a remessa.

4. Ato processual e pagamento O ari 19, § 1º, foi de grande explicitude: o ato processual, praticado pela parte, ou por ela requerido, ou por pessoa que tenha atividade no processo, como o assistente, tem de ser pago previamente (ari 19) e por ocasião de cada um. Se dois ou mais têm de ser na mesma ocasião, o pagamento deles há de ser prévio, embora possa ocorrer sem afastamento da previedade que um se faça nesse dia e outro noutro dia.

A antecipação do pagamento pode não ser de admitir-se, por exemplo, o trabalho dos peritos e assistentes e algumas diligências de oficiais de justiça.

5.

Atos determinados de oficio pelo juiz e atos requeridos pelo Ministério Público
Se o juiz determinou, de ofício, algum ato ou alguns atos, o autor ou o reconvinte (um dos litisconsortes ativos ou todos) tem de *adiantar* tal pagamento, que também há de ser prévio.

Ari 20.117 *A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios'). Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria5)9).*

~o O juiz, ao decidir qualquer incidente ou recurso, condenará nas despesas o vencido2).

s5 *20 As despesas abrangem não só as custas dos atos do processo, como também a indenização de viagem, diária de testemunha e remuneração do assistente técnico3).*

~ 30 Os honorários4) serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação9), atendidos:

a) o grau de zelo do profissional;

b) o lugar de prestação do serviço;

c)

a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço6).

~ 40 Nas causas de pequeno valor e nas de valor inestimável, bem como naquelas em que não houver condenação ou for vencida à Fazenda Pública, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das letras a) a c) do parágrafo anterior7).

117

A Lei 006.745, de 5.12.79, ari 1º, acrescentou a este artigo o * 50: "nas ações de indenização por ato ilícito contra pessoa, o valor da condenação será a soma das

prestações vencidas com o capital necessário a produzir a renda correspondente às prestações vincendas (artigo 602), podendo estas ser pagas, também mensalmente, na forma do * 20 do referido artigo 602. inclusive em consignação na folha de pagamento do devedor". Existem importantes pronunciamentos dos tribunais sobre o dispositivo, inclusive no sentido de limitar-lhe a incidência, como se vê, *v. g.*, nas notas 49 a 52 ao ari 20, no *código, de Processo civil e Legislação Processual em Vigor,* de Theotonio Negrão , 24 ed., Malheiros, 5. Paulo, 1993, pp. 86 e 87. A inovação, decorrente de empenhado *l<,bby,* foi inspirada pelo propósito de se somar o valor das prestações vencidas ao do capital constituído para assegurar o pagamento das vincendas (ari 602), nas ações dc indenização por ato ilícito contra pessoa, a fim de que sobre o valor total da condenação se aplique o percentual do * 30~

1. Despesas antecipadas e honorários advocatícios Os *honorários* dos advogados foram a remuneração deles quando se teve de obviar à proibição de pagar serviços feitos pelos advogados, quando, diante da necessidade deles, pois não bastaria às partes o agir e o defender-se, se teve de riscar a vedação de pagar e a restituição do quádruplo do que o advogado recebera. Convém que mostremos a evolução que se operou. Houve três fases: *a)* a do Código Processual Civil de 1939, ari 64; *b)* a da redação que a Lei n0 4.632, de 18 de maio de 1965, deu ao ari 64; *c)* a que se inicia com o ari 20 do Código de Processo Civil de 1973. O ari 64 do texto de 1939 apenas dizia que o juiz, em ação que resultasse de dolo ou culpa, contratual ou extracontratual, ao julgar procedente a ação, teria de condenar o réu ao pagamento dos honorários do advogado da parte contrária. Era o que se estava firmando na jurisprudência anterior a 1939 *(e. g.*, Supremo Tribunal Federal, 22 de junho de 1938) *(R. F.*, 77,79). Lembramos nos *Comentários* (Tomo 1, 28 ed., 418) o caso das pessoas pobres, ou de poucos recursos, viimas de acidente de transportes: ganhavam a ação e às vezes a indenização não chegava para o pagamento do advogado. Com o código de 1939, passou-se à condenação pelo réu ao pagamento dos honorários; ainda que não tivesse havido o pedido (18

Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 27 de julho de 1942, *R. F.*, 92, 722); sem razão, a ía Turma do Supremo Tribunal Federal, a 16 de janeiro de 1947 (76, 17); e certa, a Turma, a23 de maio de 1947, (116,418). ALein04. 632, de l8de maio de 1965, retirou as erradas limitações de 1939

e estabeleceu que a sentença final na causa condenaria a parte vencida (note-se

bem: a parte vencida) ao pagamento dos honorários do advogado da parte vencedora. Quanto às despesas, já a parte vencedora, qualquer que fosse, tinha direito ao reembolso das despesas do processo (Código de 1939, ari 59). No Código de Processo Civil de 1973, o ari 20 fundiu as duas regras jurídicas, acertadamente, e estatui que a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que esse antecípou e os honorários advocaticios. A dispensa do pedido da parte que veio a ser vencedora foi na esteira da jurisprudência *(e.*

g., Câmaras Cíveis Reunidas do Distrito Federal, 5 de julho de 1945, 117, 462: "a condenação independente de pedido expressamente manifestado pelo autor na inicial, pois que se considera sempre implicitamente feito, *ex vi legis,* mas, se a sentença, na hipótese, a omite, deve o autor recorrer dela, no ponto, para cobrir-se da coisa julgada, que lhe retiraria a possibilidade de haver os honorários").

Hoje não há qualquer especialização de ações para que incida o ari 20. Não importa se a ação é declaratória, constitutiva positiva ou negativa,condenatória, mandamental ou executiva. Não mais se limita a sanção às ações do ato ilícito absoluto ou relativo. Pressuposto necessário é um só: ter havido perda da causa, pelo autor, ou pelo réu, ou quem quer que seja perdente.

O ari 20 é *ius cogens.* Se entre os litigantes há negócio jurídico que regule o dever de despesas e honorários advocatícios, como se uma das partes é sindicato ou instituto cujos estatutos contêm cláusulas, nada tem com isso a função do juiz que decide a causa. Se, após a sentença que condenou o vencido, algum litigante pode invocar cláusula negocial, a relação jurídica é estranha ao juízo que aplicou o ari 20.0 que pode exsurgir é alguma outra ação entre os interessados, se o negócio jurídico não foi respeitado. Se o vencedor exige o reembolso das despesas e pagamento dos honorários advocatícios, o negócio jurídico pode ser matéria de defesa ou de reconvenção. O

vencido é condenado a pagar as custas e mais despesas e os honorários. Como a parte vencedora já pagou as despesas quanto a atos e diligências, o vencido terá de reembolsar o vencedor. E a ação de restituição de despesas, prestadas na ação proposta. A palavra "despesas" está aí em sentido lato, compreendendo as custas e demais gastos processuais, não, porém, os honorários de advogados. Em todo caso, delas terão de ser deduzidas as despesas de atos e diligências que forem adiados, ou tiverem de repetir-se, por culpa do vencedor, e as despesas inúteis feitas por ele. Havendo litisconsórcio (cumulação subjetiva), cada um dos

litigantes vencedores receberá o que despendeu. Se só um provia às despesas, a relação entre eles é de direito material, e com ela não se preocupa o direito formal. O interveniente por adesão contra o vencido tem direito ao reembolso. Bem assim o simples assistente, se o vencido, contra quem estava, o levou a dispêndio de custas.

Às custas da primeira fase do processo de demarcação de terras são condenados os contestantes vencidos (2~

Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 22 de outubro de 1940, *R. dos T.,* 128,510). Sempre que há duas fases em processo, e uma delas aprecia a impugnação ou contestacão, o ari 20 é aplicável.

2. Incidente ou recurso Se houve qualquer incidente processual, ou recurso, que o juiz ou tribunal haja de decidir, há o dever de condenar nas despesas o vencido. Nada se diz no ari 20, § 10, quanto aos honorários, mas havemos de entender que a lei supôs que são parte integrante os honorários da lide, devendo-se atender, se outro advogado teve de funcionar ao grau de zelo do profissional, ao lugar da prestação do serviço no incidente ou recurso, à natureza e à importância da causa, trabalho e tempo para o serviço *(e. g.,* ida à Capital para defender ou atacar o recurso).

Se a instância superior dá provimento ao recurso, tinha razão o

recorrente. Se lho nega, ao recorrente é que tocam as despesas. Surge o problema de ter havido recurso extraordinário "~ contra o acórdão que negou provimento ao recurso e aí ganhou o recorrente. A solução é a de se pedir a restituição do que foi pago. Seria contra os princípios que se não se reembolsasse o que foi despendido por força de decisão que foi reformada.

Quanto aos incidentes, temos de distinguir *a)* aqueles em que o vencido neles é que há de pagar definitivamente e *b)* os em que a atribuição das despesas é provisória. Nas espécies *a)* está o incidente de atentado (arts. 879-886), porque o que nele foi vencido tem de prestar, definitivamente, as despesas, mesmo se vem a vencer na ação principal. Outros exemplos se têm nos incidentes em que a parte agiu de má-fé (ari 17, VI e VII, sobre incidente em que o litigante procedeu de modo temerário, ou provocou incidente manifestamente infundado)."9 Nas espécies *b)* está o de incidente de falsidade (arts. 390-395): a parte que é vencida

na ação principal paga aquelas despesas, além das outras. Quanto à declaração incidental, assunto do ari 50 há o ari 34. Há, na questão incidental, algo de *plus* de modo que, se o autor ou o réu da ação principal foi vencido nas duas (na principal e na incidental), paga as despesas e é condenado quanto aos honorários do advogado do vencedor, relativos às duas ações. Se foi vencido o autor, na ação principal e vencedor na ação incidental, o vencido na ação declaratória incidental paga as despesas e honorários concernentes à declaratória incidental e o vencido na ação principal paga as despesas e honorários que correspondem à ação principal.

3. Despesas e abrangência Despesas do processo não são somente as que se consideram custas. Se alguma viagem é necessária ao ato processual, ou aos atos processuais, como a viagem, a permanência noutro lugar que o do juízo para onde teve de vir o depoente ou a testemunha, a diária de quem, para atender ao processo, teve de perdê-la, a remuneração de assistente técnico (que o requerente teve de pagá-la e,Na vigência da Const. 88, o comentarista aludiria ao recurso especial, já que a questão de honorários, normalmente, se insere no âmbito da lei federal, cuja inteireza positiva compete ao Superior Tribunal de Justiça assegurar, através daquele meio de impugnação (Const., ari 105, III. o e c), reservada ao Supremo Tribunal a funçâo precípua de guarda da Constituição (ari 102, *caput,* que ele exerce, principalmente, através do recurso extraordinário (aiS. 102. III).vencedor, tem direito ao reembolso; se vencido, não). Quanto ao perito ou aos peritos, ari 33.

O ari 20, § 20, fala da remuneração do assistente técnico, e não do perito; mas havemos de entender que apenas houve omissão do legislador, pois que aí há despesa antecipada que o vencido tem de prestar.

Se a parte reside fora da comarca e tem de comparecer para a tentativa de conciliação (arts. 447 e 448), as despesas de viagem têm de ser computadas e por elas fica obrigado o vencido. O ari 20, § 20, põe nas despesas o custo de viagem, que há de ser indenizado. Não fala de quem viaja e tem direito às despesas que antecipou. Devemos, porém, entender a viagem da parte, que vem para a conciliação, se reside fora da comarca, a viagem da testemunha ou das testemunhas, ou das partes, se tiverem de vir depor (mesmo se residem na comarca, mas fora da sede), a viagem do advogado, que não reside na comarca, e a ela vem porque nela não há advogado, ou ser impossível a função do residente ou dos residentes (os honorários nada têm com a viagem).

A diária da testemunha é devida, conforme os arts. 20, § 20, e 419. Se a testemunha está sujeita à legislação trabalhista, não sofre perda de salário, nem desconto no tempo de serviço (ari 419, parágrafo único).

4. Honorários advocatícios No direito anterior, apenas se exigia ao juiz arbitrar "com moderação e motivadamente" os honorários dos advogados (Código de Processo Civil de 1939, ari 64, § lo). Quanto às ações a respeito das quais incidiria a regra jurídica de então, havia divergências e erros que apontamos nos *Comentários* (1, 2a ed., 417-424), em grande parte oriundos da referência infeliz a "dolo ou culpa" do demandado. Tudo isso não mais tem relevância. Hoje, o que importa é saber-se quem foi vencido e o juiz, na sentença, tem de condená-lo ao pagamento dos honorários advocatícios. Se o juiz ou tribunal deixou de cumprir o seu dever, qualquer que tenha sido a ação, e ainda cabe recurso, tal omissão pode ser o fundamento recursal ou um dos fundamentos recursais. Se o interessado deixa de recorrer e a sentença passa em julgado, nada mais pode fazer o vencedor. Se recorreu e perdeu, *quanto a esse ponto,* a decisão só é suscetível de rescisão. Não há ação independente para haver esses honorários do advogado ou dos advogados do vencedor se não houve condenação ou não houve recurso, ou o vencedor perdeu no recurso e adveio a *res iudicata*.

A conclusão não é *ex lege.* O dever do juiz é que é feito da incidência da regra jurídica cogente, razão por que não precisa ter sido pedida, na inicial ou depois, a condenação.

Se o advogado funcionou em causa própria, o ari 20 incide. Foi parte e advogado e assim implicitamente exerceu duas funções, uma das quais a de prestação dos serviços advocatícios. Não se renumera a si mesmo, mas quem há de remunerar o advogado é a parte vencida. A relação jurídica, de direito privado, entre a parte e o seu advogado, é diferente da relação jurídica, de direito pré-processual e processual, entre a parte vencida e o advogado da outra parte, vencedora.

O ari 20, § 30 fala de "valor da condenação" como se toda sentença desfavorável ao autor ou ao réu fosse condenatória. Não se pense no valor da causa, mas é inafastável que o valor do bem que se pretende há de ser levado em consideração, pois não só se fixa valor de condenação. Há o valor em caso de negativa do pedido de constituição positiva ou negativa, ou de declaração positiva ou negativa, ou de negativa ou afirmação do pedido de mandado, ou de

negativa ou afirmação de execução.

5. Fixação dos honorários O Código, no ari 20, § 30, limitou, quantitativamente, e encheu, qualitativamente, o âmbito de competência do juiz ou tribunal para a fixação dos honorários. O mínimo é de dez por cento; o máximo, de vinte por cento. Dentro desses limites, tem o juiz ou tribunal de levar em consideração (enchimento qualitativo).

Quem deu a procuração ao advogado, quer para ação, quer para a defesa, assumiu a obrigação de pagar os honorários, mesmo que a eles não se haja referido. No § 30 há o mínimo de dez por cento e o máximo de vinte por cento, mas só referentes aos honorários que têm de ser fixados para que os pague o vencido.

O

ari 20, § 30 fala do que se há de atender *a)* no tocante ao grau de zelo profissional do advogado, *b)* ao lugar em que prestou o serviço e *c)* a natureza e importância da causa, ao trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. O zelo profissional revela-se pelo esforço intelectual e até físico (ter de comparecer a medidas que foram determinadas ou teria de pedir, ou a grandes distâncias), cautelas e outras atividades.

6.

Elementos qualitativos Na fixação do quanto dos horários advocatícios, tem a autoridade judicial de atender ao grau de zelo profissional, ao lugar da prestação de serviço e à natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o serviço.

O juiz tem de condenar o vencido a pagar os honorários advocatícios. Se o quanto é superior ao que a parte pagou, ou tem de pagar ao advogado, ou se lhe é inferior, isso de modo nenhum aproveita ou desaproveita ao advogado, que não é parte no processo. O quanto, na relação entre a parte e o advogado, resulta do contrato e às vezes da maneira como o advogado se portou na execução do mandato. Pode por exemplo, ter sido desidioso, e haver sido necessário à parte recorrer a outros advogados, ou pedir pareceres de jurisconsultos, levando em conta a necessidade e a eficácia deles *in casu,* ou a que o vencido também os

pediu e juntou ou deles usou, publicando-os ou distribuindo-os. O que na decisão tem o juiz de atender é aquilo que se passou na lide e foi por ele verificado: a falta de zelo do profissional, ou o pouco zelo que revelou, ou o alto zelo com que atuou; o ser difícil ou fácil o lugar em que atuou o advogado; a natureza e a importância da causa, o trabalho que tem o advogado e o tempo que gastou (não o tempo que durou a causa, mas sim, o tempo que foi exigido para o seu serviço).

O ari 20, § 30, fala de "valor da condenação". Se a ação condenatória foi julgada procedente, há "valor da condenação", que serve de base para que o juiz condene o vencido a pagar os honorários. Se a ação foi julgada improcedente, o vencido tem de pagar o que corresponderia ao valor da condenação, se condenação tivesse havido.

Nas ações declarativas e constitutivas, ou mandamentais, pode haver a fixação conforme a apreciação equitativa (§

4~). Comentadores, que, em tais casos, remetem ao § 30 rompem com o respeito à lei. A única hipótese para isso seria a de haver pedidos alternativos, um dos quais o de valor da condenação. A inserção do § 40 não afasta que se possam invocar os arts. 258 e 261, se ocorreu, pendente a lide, à determinação pelo juiz do valor da causa. Se não houve impugnação (ari 261, parágrafo único), presume-se aceito o valor atribuído à causa na petição inicial; mas tal presunção não preelimina a aplicação do ari 20, §40 porque aí se atribui ao juiz a apreciação equitativa da fixação dos honorários advocatícios. Na espécie do § 30, se vencido o réu, ou se vencedor o autor, sim: ou houve impugnação e o juiz determina o valor da causa (ari 261); ou não houve impugnação e ocorre a presunção (ari 261, parágrafo único).

7.

Fixação por equidade Se não pode saber bem qual o valor da causa, mesmo a despeito do que se pôs na petição inicial, pelo fato da inestimabilidade do *valor* da lide *(e.g.*, ação de filiação, ação de divórcio, ação de interdição), tem o juiz de fixar *por eqUidade.* Se o valor da ação émuito pequeno, como se o empregado a propôs para haver a mensalidade que o rico patrão lhe devia e o interesse do demandante mais consistiu em ficar provado que foi ilegalmente despedido, seria absurdo que só se fixasse o honorário do seu advogado, que, com zelo e

boa exposição jurídica, levou a lide à sentença favorável ao seu cliente, em dez, ou entre dez e vinte, ou vinte por cento do ordenado mensal do empregado. A ação de filiação que advogado defende contra milionário que não quis reembolsar como filho pessoa, menor ou não, que vive na pobreza, dá ensejo ao juiz para reverenciar o zelo do profissional, as dificuldades que teve em se transportar para a comarca em que era domiciliado o réu e a relevância econômica e moral da sentença favorável. Se as circunstâncias impuseram ou sugiram, acertadamente, que dois ou mais fossem os advogados *(e.g.*, um na comarca, outro na capital, outro no estrangeiro, como ocorreria se a mãe do autor está ou sempre foi domiciliada no estrangeiro), o juiz deve, por equidade, fixar o valor de cada um dos honorários e considerar o todo como de honorários devidos ao vencedor.

O § 40 afasta pensar-se nos limites (máximo e mínimo) do § 30• *o* § 40 é exceção ao § 3º. Advirta-se também que, apesar de só se falar, no § 40, de Fazenda Pública, temos de entender que estão incluídas as autarquias; não as sociedades de economia mista, nem as empresas públicas.

A fixação, feita pelo juízo, por equidade, não fica incólume à interposição de recurso pelo vencido. Se não o interpõe, cabendo-o no caso, o trânsito da sentença em julgado torna *res judicata* a parte sentencial concernente a condenação quanto aos honorários. No recurso podem ser aprectados o critério e as circunstâncias referidas pelo juiz, para afixação, pois que há, aí, *arbitrium boni viri,* e não *libe rum arbitrium.* Equidade não é anomia, ausência de regras; alude-se a regras, que se têm como insertas na mente humana. O ato do juiz, quanto aos honorários, se incide o ari 20, § 40 ~ decisório, e cabe na referência do ari 127, onde expomos o que é de mister.

8. Honorários de advogado e omissão do juiz Se a sentença não incluiu os honorários do advogado, ou de todos os que serviram às partes, ou à mesma parte (em tempos diferentes), cabe recorrer dela. 120 A condenação não é *ex lege;* é ato que a lei ordena seja praticado pelo juiz. Não é preciso serem pedidos os honorários na inicial (4B

Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 29 de abril de 1941, *R. F.*, 88, 173); mas, se o juiz deixa de condenar e o autor não reclamou, em recurso, passa em julgado a sentença; se recorreu e perdeu, a sentença só é suscetível de ser impugnada em ação rescisória. *Não há ação independente para*

haver esses honorários.

120

Se omissa a sentença quanto ao ponto, será ocaso de opor-lhe embargos de declaraç5o (ari 464, II), que, contudo, uSo constituem pressuposto do recurso aludido no texto porque. se não houve a condenação nos honorários, ocorreu sucumbe, que gera o interesse recursaL

A sentença final na causa "condenará", diz o ari 20. Portanto, não condenando o réu, ou o autor, a pagar os honorários do advogado, em vez de se reputarem incluídos *ex lege*, entende-se que o juiz deixou de atender à regra legal. Não é matéria que se protraia para se discutir na execução. A parte prejudicada pela sentença tem de reagir desde logo, na forma e prazo legais. O que pode ficar para a execução é o quanto, que se há de pagar, ou reembolsar, como pagamento dos honorários da parte adversa. O Código, repitamo-lo, deixa ao juiz fixar desde logo o quanto, não apenas condenar ao pagamento dos honorários. Se o quanto é superior ao que a parte pagou, ou tem de pagar ao advogado, ou se lhe é inferior, isso de modo nenhum aproveita ou desaproveita ao advogado, que não é parte no processo. O quanto, na relação entre a parte e o advogado, resulta do contrato e da maneira como o advogado se portou na execução do mandato. Pode, por exemplo, ter sido desidioso, e haver sido necessário à parte recorrer a outros advogados. Nada obsta a que, em casos difíceis, pelo perito do juiz, ou pelo juiz, ou na Superior Instância se computem os pagamentos de pareceres de jurisconsultos, levando-se em conta a necessidade e a eficácia deles *in casu,* ou a que o vencido também pediu pareceres e juntou ou deles usou, publicando-os ou distribuindo-os.

A parte final do ari 20 foi aumentada pela Lei n" 6.355, de 8 de setembro de 1976 *(D. O.* de 9 de setembro). Se o autor ou o réu foi advogado em causa própria e a decisão foi favorável a ele, o vencido tem de ser condenado a pagar ao vencedor (advogado em causa própria) a verba concernente ao que lhe caberia como honorários advocatícios. Aliás, havíamos de assim entender, mesmo antes de tal lei, que explicitou o dever do vencido.

9. Ações executivas de títulos judiciais e extrajudiciais Nas ações executivas de títulos judiciais e de títulos extrajudicias (ari 584 e 585), há condenação a pagar os honorários advocatícios, porque as regras jurídicas sobre processo de

conhecimento são aplicáveis (ari 598). Se a execução éde título extrajudicial, ou é de título judicial, e não há embargos do devedor, o credor tem de ser pago do principal, dos juros, custas e honorários advocatícios (artigo 710) e só o que sobeja é restituído ao devedor. Se há embargos do devedor e são julgados improcedentes, tem-se de atender ao ari 710. Se os há, e não julgados procedentes, na sentença que o juiz profere tem de condenar o exequente perdedor às despesas que antecipou e os honorários advocatícios (ari 20 e § 3º). Na execução de título extrajudicial,

(Arts. 20 e 21)

as despesas são as que começaram com a petição inicial e vão até o trânsito em julgado dos embargos do devedor, se os houve. Se da sentença, o que tinha de ser fixado já foi a favor do vencedor da ação condenatorla ou similar; o que ocorre nos embargos do devedor é outro assunto, *e.g.*, se foi indevidamente iniciada a ação executiva de sentença e perdeu o embargante, tem esse de pagar os honorários advocaticios do embargo vencedor.

Ari 21. Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcioflalmefl te distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas 9.

Parágrafo único. Se um litigante decair de

parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e honorários 2) 1. Vencidos em parte Se a condenação é parcial, as despesas e os honorários distribuem-se proporcionalmente, entre os litigantes, com a compensação. Há dois sistemas: *a)* Se o autor é em parte vencedor e em parte vencido, as despesas, que ele teve, serão divididas em proporção ao que ele ganhou (e toca-lhe ser reembolsado disso) e ao que ele perdeu (e então lhe toca reembolsar o réu do que ele despendeu). Há, porém, as despesas do réu: serão dividas em proporção, como aquelas, reembolsando ao autor o que corresponda ao que ele, réu, perdeu e sendo rembolsado do que corresponda ao que perdeu o autor. *b)* Se forem somadas todas as despesas, as do autor e as do réu, e os honorários, considerando-se “todo”, a distribuição será mais simples, e a parte de cada um na vitória funcionará como divisor do todo. Feito isso, sabe-se quem tem de reembolsar. O Código afastou-se da Ordenação Processual Civil austríaca, § 43.

Na sentença pode o juiz fixar o que deve cada parte e, se entender que convém fazê-lo, referir-se à compensação e calculá-la.

Quanto à correspondência entre a distribuição e as vitórias das partes, há de ser exato e preciso o ato do juiz.

As regras jurídicas de direito material sobre solidariedade dos responsáveis pelo ato ilícito abrangem a responsabilidade pelas custas (l~ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 31 de agosto de 1942, *R.*

dos T., 140, 228) e as outras despesas.

Se um foi vencedor em parte e o outro, ou os outros haviam desistido, rege o ari 26, § l~.

No ari 29 refere-se às despesas dos atos, que se adiaram, ou se repetiram, e são a cargo da parte, ou do serventuário, ou do órgão do Ministério Público, ou do juiz que, "sem justo motivo, houver dado causa ao adiamento ou à repetição". Tal regra jurídica não se liga ao ari 20 nem ao ari 21.

Se houve vistoria *ad perpetuam rei memoriam*, que, apesar da anterioridade, era necessária à prova feita na ação, incluem-se as despesas nas de que fala o ari 20 ou o ari 21.

Desde o momento do trânsito em julgado começou a contar-se os juros da importância que o vencido, no todo ou em parte, teria de prestar.

2. Vencido em parte mínima O ari 21, parágrafo único, fala de litigante que "decair" de parte mínima do pedido. A expressão "decair" não é de criticar-se, porque desde séculos se falava de "decair da causa" em vez de "ficar vencido". O que se tem por fito, no texto da lei, é evitamento de condenação de despesas e honorários se o vencedor apenas o foi em pequeno elemento do pedido. "Parte mínima", aí, é a parte do pedido, que se há de considerar sem relevância, quer pelo lado jurídico, quer pelo lado econômico. Foi vencedor o litigante; apenas, a propósito de uma das alegações não tinha razão e não repercutiu na decisão da causa e só importaria em pequeníssima diferença, no cálculo das despesas e dos honorários.

O juiz é que tem de apurar se a parte do pedido era mínima. Aí, a minimidade é

em relação ao valor do pedido; portanto, se o pedido é de alto importe econômico, não se há de considerar parte mínima do pedido o que seria parte mínima em pedido de pequeno valor.

Ari 22. O réu que, por não argair na sua resposta fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, dilatar o julgamento da lide'), será condenado nas custas a partir do saneamento do processo2) e perderá, ainda que vencedor na causa, o direito a haver do vencido honorários advocatícios.

1. Falta de arguição tempestiva O demandado, réu ou reconvindo, que a tempo devido deixar de referir-se a ato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor e com isso protelou o processo ou retardou o julgamento da lide, tem de ser condenado nas custas a partir do despacho saneador'2' e, ainda se vencedor na causa, perde o direito a haver do vencido os honorários advocatícios. Demos exemplos: o demandado tinha recibo de quitação de dívida que se está cobrando em juízo; o outro havia transferido a outrem o crédito; o bem sobre o qual recai a ação é comum aos cônjuges, e não só do cônjuge demandado.

Cumpre, porém, ter-se em vista que o ari 22 não é invocável se o ato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do demandado era, com fundamento, ignorado por ele *(e.g.,* o fiador havia pago a dívida com depósito no banco que demandante e demandado, em cláusula negocial, haviam indicado para a solução da dívida, e o demandado não recebeu comunicação do banco, nem do fiador, nem de outra pessoa).

2. Dilatação do julgamento Supõe-se que à omissão haja sucedido a arguição, de modo que se perturbou o andamento do processo ou se levou a prática de atos que seriam desnecessários se o demandado houvesse feito, de início, a narrativa, ou mesmo o apontamento de elemento do suporte fáctico de alguma regra jurídica. Pode dar-se que o demandante, em violação do dever de veracidade, haja omitido o que o demandado teria de arguir. Aí, o ari 22 não incide.

E pressuposto necessário para a incidência do ari 22 ter havido dilatação do julgamento da lide. Não alegou o que tinha de alegar na contestação ou noutra resposta, e só depois trouxe à balha.

Há o ari 517 que estabelece: "As questões de fato, não propostas no juízo inferior, poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de

fazê-lo por motivo de força maior". Aí, não houve dilatação, porque a matéria é de apreciar-se na apelação, uma vez que o juízo entenda ser verdadeira a afirmação de ter ocorrido força maior. O que pode suceder é que seja invocável o ari 31.

Nem o litisconsórcio, nem a solidariedade de credores e devedores, mesmo se explícita a indivisibilidade (sem razão, Pedro Batista Martins, *Comentários ao Código* de 1939, 1, 193), afasta a incidência do ari 23. Trata-se do que se passa no campo processual. Pergunta-se: se um dos co-litigantes não pode solver o que lhe toca, como se há de resolver? A resposta há de ser no sentido de que os que estão adstritos as suas porções não substituem o insolvente (sem razão, Giuseppe Chiovenda, *La Condanna neile spese giudiziali*, 2~ ed., 226). Outra pergunta: se um dos que teriam de

121 O comentarista manteve-se fiel à tradiçào, chamando a decisiio interlocutóna. que declara saneado o processo (ari 331), de *despacho saneador,* como, aliás, não deixou de fazer o próprio Código, no ari 338.

prestar proporcionalmente teve a justiça gratuita, como se há de resolver o problema? Perdeu a causa, porém não pode prestar o que lhe cabia conforme o ari 23. Só há uma hipótese favorável ao vencedor, que é a de, em momento após a coisa julgada, economicamente estar habilitado o vencido, ou, mesmo se isso acontecer antes, se há alegação e prova pelo vencedor.

Com a omissão do réu, protela-se o processo. Tal falta é na resposta (contestação ou exceções). Na reconvenção, réu, reconvindo, é o autor da ação em que o réu da ação se fez reconvinte e, pois, autor na reconvenção. Se o réu deixa de arguir incapacidade civil de quem assinou o documento que o autor apresentou na petição inicial, ou a falsidade da assinatura do endossante do título cambiário, tal abstenção de apontar o fato impeditivo, pode levar à dilatação. Idem, se tardamento alude a ter havido novação, transação, ou preclusão, ou prescrição, que são fatos extrativos. Se não se refere, a tempo, a que os animais tinham sido substituidos por outros, ou que comprara a casa vizinha com o dinheiro com que vendera o terreno, objeto da ação. Também pode haver dilatação do julgamento pelo fato de haver coisa julgada, ou de ter ocorrido impedimento ou suspeição do juiz, que o réu não comunicou desde logo.

Ari 23. Concorrendo diversos autores ou diversos réus1), os vencidos respondem

pelas despesas e honorários em proporção2).

1. Cumulação subjetiva e despesas No caso de cumulação subjetiva do lado dos vencidos, em vez de adotar o *princípio da solidariedade* no responder pelas despesas, o Código de Processo Civil, como o anterior, formulou o *princípio da proporcionalidade das despesas.* Precisemos bem o que isso significa. O Código não estabeleceu a solidariedade processual. Dir-se-á: se os autores, os réus, condenados às custas, são credores ou devedores solidários, ou *ex lege,* a proporcionalidade processual seria impossível em muitos casos; de modo que o ari 23

haveria de ser interpretado como se dissesse: "Salvos os casos de indivisibilidade ou de solidariedade, havendo pluralidade de partes vencidas, o juiz condená-las-á nas despesas em proporção ao que perderem." De modo nenhum. A pretensão às despesas e a obrigação de pagar ou restituir despesas nada têm com a obrigação que foi objeto da demanda. O Código separou o que já estava separado. Para que a solidariedade existisse, seria preciso regra jurídica expressa, como acontece noutros sistemas jurídicos, ou que resultasse de situação processual específica.

Convém, ainda, observar-se que, se alguma parte consente nos atos de que resulta obrigação de despesas, o seu consentimento é manifestação unilateral de vontade, embora coincidente com a manifestação unilateral de vontade, da outra: não há, aí, bilateralização.

2. Condenação parcial e despesas Se parcialmente vencidas umas, e outras não, o cálculo tem de ser feito de modo que as parcialmente vencidas fiquem livres para outra distribuição proporcional, entre elas e as parcial-mente vencedoras.

Ari 24. Nos procedimentos de jurisdição voluntária'), as despesas serão adiantadas pelo requerente, mas rateadas entre os interessados2).

1. Processos sem contraditoriedade e custas *Jurisdição voluntária* é a em que o fim do Estado consiste em proteger e assegurar os direitos dos particulares, ou pela documentação, ou pelo registro, ou pela inspeção, ou pelo cuidado empregado na boa conclusão dos negócios jurídicos, na formação, forma, exercício e liquidação, ou na transformação de certas relações jurídicas. *A jurisdição* começa fora do processo *(e.g.,* venda de papel especial, estampilhado,

para certos atos), apenas toca a vida judiciária (registro de títulos e documentos, escrituras públicas) e entra no processo, até apresentar as formas processuais mais próximas do processo litigioso, como se dá nas partilhas amigáveis. O próprio elemento coercitivo aparece. Os legisladores, quando têm de enfrentar o problema do conteúdo de um Código de Processo Civil, necessariamente incluem "processos" que a rigor seriam de leis sobre jurisdição voluntária, e não de leis processuais propriamente ditas.

Pense-se na ação de suplemento de idade, de habilitação de herdeiro, de nomeação de tutor ou curador, de curador ao nascituro, de adoção, de suplemento de idade, de retificação do registro civil. Há a unilateralidade do interesse ou de causa. Em verdade, os casos concernem a processos em que a relação jurídica processual não se faz em ângulo (autor-Estado, Estado-réu), e sim em linha simples (requerente-Estado). Nas próprias partilhas, todas as ações passam pela mesma linha, e a novidade dessa multiplicação subjetiva na relação jurídica processual, algo parecido com as outras cumulacões subjetivas *(e.g.,* litisconsórcio), sugeriu ao Código de 1939 (ari 54) e ao vigente (ari 25) regra jurídica tradicional no direito brasileiro.

Tem-se exprobrado a referência à jurisdição contenciosa e à jurisdição voluntária, dizendo-se, até, que essa não é jurisdição. O juiz decide quanto ao pedido (ari 1.109). Quanto às alienações judiciais, há a própria decisão de ofício (ari 1.113). Há exame e decisão do juiz em assuntos de separação consensual (ari 1.122-1.124 e 1.109). Nos casos dos testamentos, da herança jacente, dos bens de ausentes, das coisas vagas, na curatela de interditos e noutras ações enunciadas no Código não se pode dizer que, embora pequenas, não haja a dicção de direito (justiça). Os procedimentos de jurisdição voluntária constantes dos arts. 1.113-1.210. Se não há regras jurídicas específicas, regem os arts. 1.103-1.111.

Pode acontecer que surja litígio, com a transformação em jurisdição contenciosa e a aplicação dos princípios concernente a essa.

O rateio, a que alude o ari 24, é a divisão proporcional ao interesse de cada um. Fala-se de despesas adiantadas pelo requerente. Poder ocorrer que o requerente não tenha interesse próprio na ação, como acontecer que o testamenteiro que requer a confirmação do testamento particular (arts. 1.130-1.133) não seja herdeiro nem legatário e o adiantamento por ele obriga os interessados a

prestarem o que foi adiantado. O Princípio que rege o ari 24 é o *princípio dos interesses,* razão por que os interessados têm de ser citados. O adiantamento é pela pessoa que requereu, ou pelas pessoas que requereram. No último caso, qualquer um pode adiantar, ou podem alguns adiantarem. Se quem fez requerimento foi o Ministério Público (ari 1.104), as despesas podem ser cobradas, sem se aguardar decisão final, pois o ari 27, aí, não é invocável. Isso não obsta a que algum ou alguns interessados resolvam adiantar.

2. Co-participação

processual

As despesas são adiantadas pelo requerente, mesmo se o processo impõe a co-participação processual de outra ou de outras pessoas *(e.* g., ari 25); depois, há o rateio entre os interessados.

O que se pede ou requer em jurisdição voluntária é decisão ou despacho de força ou de efeito imediato ou mediato constitutivo. A crítica à expressão "jurisdição voluntária" não é de aceitar-se: o que se alega é a falta da *outra* parte, mesmo porque, a despeito de não haver pleito, o juiz diz, como em todas as outras *iurisdictiones.*

No Código de 1939, ari 53, dizia-se que "nos processos que não admitirem defesa e nos de jurisdição meramente graciosa, as custas serão pagas pelo requerente". Foi bom que se afastassem discussões inócuas e só se fale, hoje, de jurisdição voluntária. Tem o juiz de ver que a ação é de jurisdição voluntária, qual o nível de interesse dos que na relação jurídica processual se inseriram, a fim de se proceder ao rateio, pois que os valores foram diversos. Se iguais, apenas se divide o quanto do pagamento em partes iguais.

Ari 25. Nos juízos divisórios'), não havendo litígio2), os interessados3) pagarão as despesas proporcionalmente aos seus quinhões.

1. Juízos divisórios Os juízos divisórios são discriminativos, operam simples transformação da relação jurídica entre os interessados. Não se pede *contra* alguém; nem se contesta. De modo que, nesses casos, não há litígio, no sentido estrito. Mas observe-se que os próprios legisladores, de outrora e de hoje, intranquilos com as expressões

“jurisdição voluntária”, tiveram de referir-se a juízos divisórios, “não havendo litígio”. “Juízos divisórios” está, aí, por juízo de divisão, de demarcação e de partilha. Na primeira espécie, há coisa comum, que é divisível, e dela se pede a divisão (ver, *videre*, e cortar, como em distinguir, discriminar). Na segunda, pede-se para pôr os marcos, os limites, demarcação. Na terceira, parte-se, um tanto à semelhança da primeira espécie. Pode ocorrer litígio na ação de divisão, e então a responsabilidade pelas despesas judiciais é do vencido (ari 20). Fora dessa fase, se ela ocorreu, as despesas são pagas, proporcionadamente aos quinhões. Também na segunda espécie, que é a de demarcação, pode advir litígio, como se um dos autores da ação de demarcação alega que há limites fixados, ou que há alguns limites fixados, ou algum limite fixado. Então, tem-se de observar o ari 20. Se não houve litígio, ou se houve, após a solução dele, há o rateio das despesas. Na terceira espécie, que é a de partilha, se há litígio, o juiz remete os interessados às vias ordinárias (arts. 984-1.000, parágrafo único, 1.001, 1 .016, § 20, e 1.018).

2. Litígio Litígio há se os interessados não se acordam entre si sobre o que têm? O que o Código pretendia dizer era que, havendo divergência, a parte que a provocou e fez despenderem-se custas a mais do que seria de se gastar perdendo, as paga. A ação de divisão ou *communi dividundo, afinium regundorum, afamiliae erciscundae* ocupam essa zona cinzenta entre a jurisdição contenciosa e a voluntária, que tanto tem preocupado os processualistas. Não tentemos, porém, extremar a espécie contenciosa (litígio) e a voluntária para efeitos de custas. A proporcionalidade aos quinhões é o que importa. Os incidentes regem-se pelos princípios gerais sobre despesas. O que se gastou no processo de inventário e partilha está sujeito ao ari 25. O juiz que desse outra decisão, salvo nos casos dos arts.

26, 29 e 18, confessaria ter infringido o ari 984, usurpando competência e mudando a via processual.

Se há litígio, por ter algum dos interessados discordado, isto é, haver a fase contenciosa do processo, ou mesmo processo que passou a não ser o que se esperava, as despesas e honorários de advogado não pagos pelo vencido, conforme o ari 23.

3. Classes e subclasses de autores e réus Se há classes e subclasses de autores e réus, a proporção é conforme cada classe; depois, dentro de cada subclasse.

Ari 26. Se o processo terminar por desistência') ou reconhecimento2) do pedido, as despesas e os honorários serão pagos pela parte que desistiu ou reconheceu.

~S JO Sendo parcial a desistência ou o reconhecimento, a responsabilidade pelas despesas e honorários será proporcional à parte de que se desistiu ou que se reconheceu4).

~S 20 Havendo transação3) e nada tendo as partes disposto quanto às despesas, estas serão divididas igualmente.

1. Desistência, despesas e honorários Se o processo termina por desistência, o desistente paga as despesas e os honorários, se total a desistência; se for parcial, só em proporção à parte de que se desistiu.

Decorrido o prazo para a resposta, diz o ari 267, § 40, o autor não pode, sem consentimento do réu, desistir da ação.

Mesmo com tal concordância, há a condenação do autor, conforme o ari 26.

A responsabilidade só se baseia no fato, sem se apreciar qualquer fundamento subjetivo. Aliás, assim é o que se passa no direito processual civil alemão (Peter Arens, *Willensmãngel hei Parteihandlung im Zivilprozess,* 149).

Se há pluralidade de partes (cumulação subjetiva) e uma só ou algumas desistiram, as despesas e os honorários serão pagos (1) em proporção à participação da ou das desistentes no objeto (2), ou conforme esse critério e o tempo em que entrou no processo, ou (3) pelo que praticou ou pelos que praticaram em comum no processo, em proporção, e pelo que praticou ou pelos que praticaram separadamente.

2. Reconhecimento, despesas e honorários O que reconhece o pedido deve ser tratado como o que desiste. Ao Código de 1939 esquecera ocaso das despesas e honorários no reconhecimento parcial, ou quando haja cumulação subjetiva ou litisconsórcio, o que verberamos ao comentar o Código anterior; mas o de 1973 atendeu-nos. Assim a nota 1), aplicável à desistência, também o é à confissão parcial ou unissubjetiva (isto é, por um dos litisconsortes).

Na ação, o réu, ou, na reconvenção, o reconvindo, que aí é o réu na contra-ação, o reconhecimento é do direito, pretensão e ação, que contra ele foi proposta. As

despesas e os honorários são pagos pelo réu, quer na ação, quer na reconvenção. Tem de ser observado o ari 20, § 3~. Não se afastem, porém, as hipóteses dos arts. 21 e parágrafo único, e 23.

Todavia, o que reconhece, na ação declaratória, não tem de pagar as despesas e honorários; *aliter,* na ação negatória.

3. Transação, despesas e honorários A transação faz cessar a instância, com a diferença, em relação à desistência e ao reconhecimento, de nela se apagar qualquer conceito de vencedor e vencido. Desistir é quase como dar-se por vencido. Reconhecer é dizer-se vencido. Transigir, que implica bilateralidade, significa deixar de litigar, ou por ser *res dubia* a causa, ou por algum outro motivo, objetivo ou subjetivo, que sugeriu a cessação da lide. O

dito * *Qui transigit quasi de re dubia et lide incerta nequefinita transigit* revelou-se de parco valor psicológico.

Transige-se por vários motivos, e não só pela obscuridade da lide, pela incerteza de se vencer. O que importa é o esquema da transação: a concessão recíproca, o poder bilateral de armas. Inspirado na Ordenação Processual austríaca (§ 47), bem mais minuciosa, o Código de 1939, ari 55 (hoje, ari 26, § 20), redigiu regra de direito dispostivo, segundo a qual, se os litigantes nada acertam em contrário, se hão de dividir pelo meio das despesas.

Isso entre litigante-autor ou litigantes-autores e litigante-réu ou litigantes-réus. Porque entre os litigantes autores, ou os litigantes-réus, a relação em que se achavam é que decide.

A regra jurídica, quanto à transação, é dispositiva (“nada tendo as partes disposto quanto às despesas”); porém não de arbítrio para o juiz. Para o juiz, é completa. Erram os que lêem a regra jurídica como interpretativa.

G. Neumann *(Kommentar,* 4a ed., 1, 547), H. Horten *(Õsterreichische Zivilprozessordnung,* 1, 242) e Rudolf Pollak *(Systeni,* 64) têm-na por princípio imperativo, porque consideram o acordo negócio jurídico à parte, de modo que o ari 26, § 20, cai em cheio sem mais admitir outra declaração de vontade. Tem de estar na transação, ou junto a ela, ao subir ao juiz.

Nenhum acordo extraprocessual ou intraprocessual pode ser feito. Tudo isso está certo. Não concordamos, porém, com a afirmação dos juristas austríacos de ser imperativa, e não dispositiva, a regra. Todo direito dispositivo se aplica, porque incidiu ao não terem as partes, ou uma das partes, declarado. AOnde a vedação da lei a que dispusessem?

Se a transação é parcial, ou as despesas são objetivamente separáveis, ou não. Se são, *tolliturquaestio.* Se não no são, o ari 26, § 20, incide como regra dispositiva ou mesmo interpretativa para as despesas feitas até então. Na cumulação subjetiva, a relação entre os sujeitos determina, inclusive quanto àquelas a que uma parte, duas ou mais de duas partes foram, sozinhas, condenadas, por decisão passada em julgado, porque essas lhe cabem ou lhes cabem. Devem ter sido atos só seus. A relação entre as partes de cada lado é estranha ao direito processual, se todas transigiram.

Com a desistência da ação (aí, " ação ~~ de direito processual) não há julgamento do mérito. Não se desce ao fundo, ao direito material. Se a renúncia foi ao direito, à pretensão e à ação, ou à ação, extingue-se o processo com julgamento do mérito. Ali, rege o ari 267, VIII; aqui, o ari 269, V.

O ari 26 cogitou da desistência, que é do exercício do remédio jurídico processual, bem como do reconhecimento do pedido. Não de renúncia ao direito, pretensão e ação, ou a pretensão e ação, ou à ação (pode ser que só ela exista para o autor). Na espécie de renúncia, há o julgamento do mérito (ari 269, V), a favor do réu e então o autor é que paga as despesas e os honorarios (ari 20).

Com a transação, ou as partes no negócio jurídico transacional ou ao lado dele resolveram quanto às despesas e os honorários, ou nada previram. O ari 26, a respeito da desistência ou reconhecimento do pedido, alude a despesas e honorários. O ari 26, § l~, no tocante a ser parcial a desistência, ou o reconhecimento, também fala de responsabilidade pelas despesas e pelos honorários. No ari 26, § 20, não: só se prevê, que, não tendo as partes disposto quanto às despesas, serem elas divididas igualmente. E os honorários dos advogados? Uma vez que deles não se cogitou, temos de atender àdiferença dos textos. O Código de 1939, ari 55, tratava igualmente as três espécies. Temos, portanto, de entender: *a)* se na transação nada se estabeleceu quanto às despesas, e essas são divididas entre as partes, mas a cada uma delas cabe prestar os

honorários dos seus advogados; *b)* se algo se disse quanto as despesas e nada sobre os honorários advocatícios, atende-se ao que foi disposto e cada parte paga os honorários dos seus advogados; *c)* se as partes algo acertaram sobre despesas e honorários dos advogados, então se tem de respeitar, rigorosamente, o que resolveram a respeito. Dá-se o mesmo se nada disseram quanto às despesas e só determinaram o que concemia aos honorários advocatícios: as despesas são divididas igualmente e os honorários conforme o que consta da transação.

4.

Fato superveniente alegado pelo autor Se o autor declara, em comunicação ao juízo, que algo ocorreu que altera o pedido que vai ser julgado, não há desistência, nem transação. Por exemplo: o autor diz que recebeu parte da dívida, ou que o fiador do devedor a pagou. Na sentença, o juiz diz que foi procedente o pedido, mas já extinguiu, posteriormente, a dívida, ou parte dela. A regra jurídica que incide é a do ari 20.

Ari 27. As despesas dos atos processuais'), efetuados a requerimento do Ministério Público ou da Fazenda Pública2), serão pagas a final pelo vencido.

1. Atos processuais praticados a requerimento do Ministério Público ou da Fazenda Pública O Ministério Público ou a Fazenda Pública atuam em nome do Estado, em funções de interesse estatal. *a)* ou o Estado adiantaria as despesas, para que as restituisse, a final, o vencido; *b)* ou as deixaria para que só então esse as pagasses; *c)* ou isentaria de pagamento de despesas os atos e as diligências que o Ministério Público ou a Fazenda Pública requeresse. A primeira solução é fora dos hábitos do Estado, que muito recentemente, na história, anuiu em sua comparência perante os tribunais e nem para os pobres adianta despesas. A terceira constitui a forma para alguns processos de urgência e importância social. A segunda é a que passou a ser a técnica usual, e dela é exemplo o ari 27. De modo que os auxiliares da Justiça aguardam a terminação do processo para que se lhes pague o trabalho.

Aliás, fazê-las a cargo, ato contínuo do autor, seria obrigá-lo a despesas que não são, talvez, do seu interesse, e não raro são contra ele. Fazê-las a cargo do réu, desde logo, seria contra todos os princípios, uma vez que outrem, e não ele, provocou a lide.

O Ministério Público, quase sempre, atua em defesa de incapazes, ou de seus interesses, ou no tocante à capacidade das pessoas, ou em ações em que se evidencia interesse público, seja pela espécie de litígio, seja pela qualidade das pessoas (ari 82). Nem figura, aí, como autor, nem como réu, nem presenta, nem representa autor ou réu. Por isso, compreende-se que as despesas sejam pagas, a final, pelo vencido. No tocante ao adiantamento, observa-se o ari 19, § 20. De qualquer modo, a responsabilidade, a final, concernente a tudo que ocorreu, é do vencido.

Quando o Ministério Público recebe legitimação ativa processual, então é ele quem usa, como autor, o remédio jurídico processual, tal como se dá em caso de ação de decretação de nulidade de casamento (Código Civil, ari 208, parágrafo único, II), contraído perante autoridade incompetente. Quando o Ministério Público exerce a função como órgão da entidade estatal,’22 entidade estatal e não ele, é o autor ou o réu, que o ari 20 atinge.

2. Entidades estatais e o ari 27 A regra jurídica do ari 27 apanha a União, bem como os Estados-membros, o Distrito Federal, os Municípios, os Territórios e quaisquer entidades autárquicas. Não podem ofender o Ari 27.

Advirta-se, porém, que a regra jurídica concerne a ações em que elas não são partes, porque, se demandadas, ou demandantes, ou intervenientes, é como partes que se tratam.

Ari 28. Quando, a requerimento do réu, o juiz declarar extinto o processo sem julgar o mérito (ari 267, ~S2¶, o autor não poderá intentar de novo a ação’), sem pagar ou depositar em cartório as despesas e os honorários, em que foi condenado2).

1. Extinção do processo e nova propositura Se o juiz julga extinto o processo sem julgar o mérito *(e. g.,* ficou parado por mais de um ano por negligência das partes), o autor não pode intentar de novo a ação, se não pagar ou depositar em cartório as despesas e os honorários advocatícios a que foi condenado. No caso de falta das partes, o ari 267, § 20, estabeleceu a condenação ao pagamento proporcional das custas; se a falta foi só do demandante, tem de pagar as despesas e os honorários do advogado. O ari 28 é invocável noutros casos de extinção do processo (ari 267), e não só nos do ari 267, II e III *(e. g.*, ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo;

alegação de litispendência; desistência da ação pelo autor).

O assunto de que se trata é o das despesas e honorários do advogado, mas só nos casos do ari 267, § 20, que se refere ao ari 267, II e III? Há o ari 268, no qual se diz que, ressalvado o que se estabelece no ari 267, V, a 122

A Const. 88, ari 129, IX, veda ao Ministério Público a representaç8o judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

extinção do processo sem julgamento do mérito não obsta a que o autor proponha de novo a ação; e, em seguida, que a petição inicial não será despachada sem a prova do pagamento ou do depósito das despesas (lá está "custas") e dos honorários do advogado. A única hipótese de não se poder propor de novo a ação é a do ari 267, V (quando o juiz acolher a alegação de perempção , litispendência ou de coisa julgada). Assim, fora do que se menciona no ari 267, V, pode sempre ocorrer nova proposição da ação.

No ari 28 fala-se de extinção, a *requerimento do réu,* mas, se lermos com atenção os arts. 28 e 268, não poderemos entender que há obrigação de pagar as despesas e honorários do advogado. Se o assunto não é de compromisso arbitral (ari 301, IX), advirta-se que o juiz pode conhecer, de ofício, em todas as espécies do ari 301, 1-Viu, X e XI, a que correspondem as do ari 267, 1-VI, VIII-XI. Para o que concerne às despesas e honorários do advogado,o ari 28 é claro. A referência a "requerimento do réu" que tem de ser posta de parte, porque a extinção declarada de ofício é o princípio.

2. Ação renovável O pressuposto da renovabilidade é o que mais interessa, razão por que se há de levar em consideração o ari 267, V. Se a extinção foi por se ter alegado perempção , litispendência ou coisa julgada, não há possibilidade de se propor nova ação. Fora daí é que a extinção do processo sem julgamento do mérito não obsta a que o autor intente de novo a ação. Tem de depositar em cartório as despesas e honorários em que foi condenado (arts. 28e 268, no qual, aliás, se fala de custas e honorários de advogado). A remissão ao ari 267, § 2~', não foi acertada, mas temos de por isso de lado.

Ari 29. As despesas dos atos, que forem adiados ou tiverem de repetir-se'), ficarão a cargo2) da parte, do serventuário, do órgão do Ministério Público ou do juiz3) que, sem justo motivo4), houver dado causa ao adiamento ou à

repetição.

1. Atos processuais adiados e atos processuais repetidos O Código de Processo Civil figura dois casos: *a)* o de adiamento; *b)* o de repetição do ato ou diligência. Há outro; *c)* o de perda da oportunidade de se praticar o ato ou a diligência. Às vezes, o que se pretende fazer perde o elemento que o tornava interessante: morte da testemunha, destruição dos restos do predío incendiado. As despesas podem ter sido pagas pelo adiamento, ou pelas despesas realizadas. Trata-se o caso *c)* como os dois outros.

2. Adiamento, repetição ou inutilização; responsabilidade Além disso, pode responder pelo prejuízo que de tal adiantamento, petição, ou inutilização, resulte.

3. Parte, serventuário, órgão do Ministério Público ou juiz O Ari 29, com toda a razão, incluiu nas classes dos responsáveis órgão do Ministério Público e Juizes. O ari 62 do Código de Processo Civil de 1939 era deficiente.

Não se poderia admitir que fossem esses responsáveis pelos adiamentos e pelas repetições. Apenas não se aludiu, antes e agora, às inutilizações, mas, hoje como antes, o prejuízo tem de ser razão suficiente para a responsabilidade.

O Código de 1973, em vez de somente se referir a "parte" ou "serventuário", foi além, com a mesma sanção ao órgão do Ministério Público e ao Juiz. Acertadamente, o Senador Osiris Teixeira apresentou a emenda ao Projeto que estava transitando. Não foi até aí a Ordenação Processual Civil alemã, § 95, que só se referiu à parte. Também o Código de Processo Civil português (1967), ari 448, como o de 1939, ari 457, e ode 1961, ari 448.

O ari 29 refere-se a parte, serventuário, órgão do Ministério Público e Juiz. "Parte" está, ai, em sentido amplo: autor, réu, litisconsorte, interveniente e assistente. "Serventuário" é o funcionário ou qualquer encarregado de servir. Inclua-se o perito, que só se expõe à pena por ser remisso (ari 433, parágrafo único), pois responde pelas despesas dos atos a cujo adiamento ou repetição deu causa, sem motivo justo. Tem de ser tratado como qualquer serventuário lato senso. Também o depositário ou administrador dos bens constritos (arrestados, sequestrados, arrecadados) e mesmo os prepostos (arts. 148-150). Tem-se de interpretar o ari 29 com toda a amplitude, pois que nele se puseram os órgãos do Ministério Público e o juiz.

Quem aprecia o que pode ocorrer conforme o ari 20 é o juiz, sem que ísso afaste qualquer requerimento dos interessados e até mesmo alegação em superior instância, espécie em que ao juízo em que se argúi é que toca a verificação da responsabilidade pelo adiamento ou pela repetição.

No ari 133, II, estatui-se que responde por perdas e danos o juiz que recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de oficio, ou a requerimento da parte. No parágrafo único faz-se a responsabilidade dependente de ter a parte, por intermédio do escrivão, requerido ao juiz que determinasse a providência e ele, dentro de dez dias, não atendesse ao pedido.

As regras jurídicas do ari 29 incidem nas instâncias superiores, quaisquer que sejam.

Se o adiamento foi causado por testemunha, que deixou de comparecer quando devia, sem motivo justificado, responde ela pelas despesas do adiamento (ari 412, 2a parte). Se ela não pode pagar, o requerente do ato éque tem de prestar (ari 19), ou o autor, se a espécie cabe no ari 19, § 2~'.

4. "Justo motivo" O ari 29 cede ao que se estatui nos arts. 133 e 194; porém o legislador se satisfez, no ari 29, com a prova (não a simples alegação) de "justo motivo", conceito menos forte que o de "força maior" ou "caso fortuito". A apreciação do juiz, em tais casos, é mais livre do que, por exemplo, no ari 31. Na apreciação da forma maior, não há arbitrio; porém arbítrio não há, também, na apreciação do justo motivo.

O juiz tem de examinar a causa do que se passou e, diante do que se apura quanto à pessoa causadora, se houve, ou não, *justo motivo* para se adiar o ato, ou se ter dado ensejo à necessidade de repetição. Qualquer interessado, inclusive o juiz, pode apresentar a justificação. Uma vez que o juiz se diz ter sido o responsável, o ari 29 incide, e a decisão dele gera a sua responsabilidade pelas despesas do ato ou dos atos. Ou a decisão, favorável ou desfavorável, consta da sentença de extinção do processo, seja com julgamento do mérito, ou sem ele, ou de decisão incidental (analogia com o ari 20, § JO)• Ali, o caso é de recurso de apelação; aqui, de agravo de instrumento, que pode ser retido nos autos (ari 522, § 1º). Pode acontecer que a decisão tenha sido de juiz que não mais está funcionando no processo *(e.* g., foi aposentado ou está em férias), e o responsável use do recurso, inclusive algum sucessor por morte.

Ari 30. Quem receber custas indevidas') ou excessivas2) é obrigado a restituí-las, incorrendo4) em multa equivalente ao dobro de seu valor3).

1. Custas indevidas São custas indevidas as quantias cotadas, parceladas, ou apresentadas, ou simplesmente reclamadas como custas sem serem taxadas como tais nos Regimentos de Custas. Não são custas, a despeito da aparência, ou mera indicação de o serem. Não se confundem com as *custas excessivas,* que são custas, mas alteradas no seu importe, razão por que as Ordenações Filipinas, Livro V, Título 72, pr., mandavam que quaisquer oficiais da justiça e da "nossa Fazenda" (a fazenda do Rei), "a que é ordenado por Regimento o que hão de levar às partes, que não levem mais do que por seus Regimentos lhes é ordenado, posto que as partes lho queiram dar".'23

Custas indevidas são as que não podiam ser cobradas, ou não podiam ser cobradas a quem foram. As custas podem ser as que a lei prevê, mas terem sido recebidas de quem não havia de pagá-las. Portanto, não é necessário, sempre, o elemento objetivo, pode bastar o elemento subjetivo.

2. Unilateralidade ou bilateralidade da cobrança O problema das custas excessivas é intimamente ligado ao da unilateralidade ou bilateralidade da cobrança ou recebimento. A Ordenação citada à nota acima inseria o expressivo

"posto que as partes lho queiram dar". O ari 30 empregou "receber", sem distinguir o ato unilateral da cobrança ou cota de custas e a aceitação do pagador de custas, acordando no pagar mais o que deve, ou antecipando-se aos credores de custas em lhes oferecer mais do que aquilo a que têm direito. Aliás, a lei, além de não distinguir, há de ser interpretada no sentido de não destoar da lei penal. Seria contra os princípios de fonte e métodos de interpretação que se fizesse texto de lei, em caso de dúvida (e nem dúvida há quanto ao ari 30), permitir-se o que a lei penal não permite. O que é preciso é que as leis de organização judiciária, que têm competência para edição de regras tocantes a isso, adotem medidas contra o sistema existente, atrasado de séculos, em que os cartórios são

"propriedades de cargos públicos", medievalismo do direito privado às funções, acentuado sob o regime feudal, no regime despótico dos séculos absolutistas e nas ditaduras de 1930, em diante.

3. Pagamento em dobro Dobro do que recebeu de custas indevidas e dobro do que recebeu em excesso, é o que está na sanção. O intuito do Código não foi abrandar as penas do recebimento indevido de custas, que eram de degredo e perda de ofício, e sim levar a cabo, a sua técnica disciplinar no campo processual, deixando às leis de organização judiciária

o grosso da matéria disciplinar e ao Código Penal, a sua incidência e aplicações próprias. Observe-se, porém, que o dever é de prestar o dobro; sob o Código anterior, era o tresdobro.

No ari 34, IV, a Const. 88 estabelece a competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal, para legislar sobre Custas dos serviços forenses. No inciso ii do ari 95, a Constituição veda aos juizes

“receber, a qualquer título ou pretexto custas ou participação em processo”. A Lei n” 6.032, de 30.4.74, sobre o Regimento de Custas da Justiça Federal, estatui no seu ari 19, que “o servidor que não certificar o valor das custas recolbidas, exigir custas indevidas ou excessivas, ou deixar de cotá-las, será punido na forma estabelecida nas leis processuais”, aplicando-se a esses servidores, portanto, relativamente à jurisdição civil, o disposto no ari 30.

4. Poder de apreciação do juiz Quanto ao poder de apreciação do juiz, nos casos do ari 30, nem é livre, nem largo; quer dizer, nem tem arbítrio pleno ou puro, nem limitado: julga como juiz, e tem de aplicar a regra jurídica, desde que os pressupostos objetivos e subjetivos se juntem. 1. Subjetivo: *a)* pessoa que “receba” custas; *b)* pessoa que as pague. II. Objetivos: *a)* valor recebido “como custas”; *b)* diferença entre as custas autorizadas pelo Regimento e o que o recebedor apontou como custas; ou *c)* diferença entre as taxas regimentais das custas e o recebido. O

“recebimento” é essencial à aplicação da penalidade, porque, se bem que o indevido ou o excessivo das custas se possa dar em cota, nota, ou indicação, oral, escrita, telegráfica ou telefônica, de custas, o ari 30 acentuou o ato de recebimento como pressuposto; daí as aspas que pusemos à palavra “receba” no pressuposto 1, *a).*

Se, conforme a lei de organização judiciária do Estado-membro, o juiz percebe custas, o ari 30 é aplicável a ele, sem qualquer restrição.’24

Quanto aos beneficiados pela multa, veja ari 35.

Ari 31. As despesas dos atos manifestamente protelatórios'), impertinentes ou supérfiuos serão pagas2) pela parte que os tiver promovido ou participado, quando impugnados pela outra.

1. Atos manifestamente protelatórios, impertinentes ou supérfluos Sempre que haja atos manifestamente protelatórios (= que adiam, retardam, protraem), impertinentes (= estranhos à ação, fora de tempo, sem justificativa), ou supérfluos, e deles resultem despesas, quaisquer que sejam, e a outra parte os impugne, antes ou após promoção ou a prática, tem de pagá-las quem as promoveu ou praticou. Não há, aí, arbítrio do juiz. O que a lei espera é que o juiz se comporte conforme os dados conceptuais relativos à parte provocadora ou praticante dos atos que a lei repele. Se nenhum resultado proveio para o processo, nem seria de admitir-se que do ato ou dos atos algo decorresse, há elemento para ojuiz mostrar a protelação, ou a impertinência, ou a superfluidade do ato ou dos atos.

Idem, se a parte que os provocou ou praticou devia saber que estava a suscitar ou a levar a cabo atos que não poderiam atingir o fim colimado. Tais despesas têm de ser pagas pela parte responsável. Se foram duas ou mais partes que promoveram ou praticaram

Proibido pela Const. 88, ari 95, parág. único, 11, o recebimento pelo juiz de custas ou participação em processo, "a qualquer título ou pretexto".

o ato ou os atos, tendo havido a impugnação, as despesas são pagas pelos responsáveis. Há o problema de caber a proporcionalidade ou em iguais porções. A solução tem de ser aquela, porque assim resulta do critério do ari 23, posto que, *de iure condendo,* por se tratar de um mesmo ato ou dos mesmos atos, fosse mais aconselhável a outra solução, e não *pro rata.*

No ari 31 fala-se de "parte" que tiver promovido ou praticado ato manifestamente protelatório, impertinente ou supérfluo. Entenda-se: quem promoveu ou praticou qualquer desses atos, no processo, como, por exemplo, o advogado que pediu vista dos autos ou para retirá-los e demorou mais tempo do

que podia (ari 40, II e III, e § 20), e o assistente, que atua como auxiliar da parte (ari 52),

2. Sentença final Na sentença tem o juiz de condenar ao pagamento das despesas o vencido; mas a condenação não passa à outra parte, que impugnou o ato ou os atos e foi vencida na causa, o dever de prestar o importe, Seria absurda tal solução.

Ari 32. Se o assistido vencido, o assistente') será condenado nas custas em proporção àatividade que houver exercido no processo.

1. Assistente e assistido Se o assistido foi vencido, vencido foi o assistente. O sistema jurídico, levando isso em consideração, estatui que o assistente há de ser condenado nas custas em proporção à atividade que haja exercido no processo. Tem o juiz de verificar quando, desde quando e até quando o assistente tomou parte no processo. O

assistente recebe o processo no estado em que se acha e atua como auxiliar da parte assistida, com os mesmos poderes e sujeitando-se aos mesmos ônus processuaís que o assistido.

A assistência supõe ter o terceiro interesse jurídico em que lhe seja favorável a sentença. Daí a sua entrada no processo (arts. 50-53). Mas, se acontece que a sentença há de influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido, há litisconsórcio (ari 54). Então, não se há de pensar na incidência do ari 32? O assistente, mesmo se litisconsorcial, recebe o processo no estado em que se encontra (ari 50, parágrafo único). Pode mesmo acontecer que só tenha ingressado em grau superior de jurisdição. Aplicar-se o ari 23, em qualquer das circunstâncias, seria injusto: tem-se de considerar o tempo desde quando ingressou no processo. Na Ordenação Processual Civil alemã,

* 101, 2~ parte, se o interveniente adesivo é considerado como litisconsorte, aplica-se o § 100. No * 100, 2a (Arts. 32 e 33)

alínea, prevê-se que as pessoas tenham participação diferente, e então o Tribunal pode, a seu arbítrio, dividir as custas segundo essa participação *(Kann nach dem*

Ermessen des Gerichts die Beteiligung zum Maesstab genommen werden). A regra jurídica do ari 32 não constava do Código anterior.

2. Assistido vencedor O assistente da parte que venceu, se adiantou despesas e contratou advogado, tem direito ao reembolso e à prestação dos honorários advocatícios.

Ari 33. Cada parte pagará a remuneração do assistente técnico') que houver indicado; a do perito2) será paga pela parte que houver requerido o exame, ou pelo autor, quando requerido por ambas as partes ou determinado de oficio pelo juiz.

1. Assistente técnico Qualquer assistente técnico, que haja de funcionar no processo e tenha de ser remunerado, recebe a remuneração da pessoa que o indicou. Pode dar-se que, pela natureza da ação, alguma entidade estatal ou paraestatal exija a assistência, mas seja remunerado por ela o assistente técnico. Aí, o interesse público, ou coletivo *(e.* g., acidentes segurados) passa à frente, embora possa a entidade deixar a escolha ao figurante da ação (indicação outorgada). Se para a assistência técnica, necessária ou permitida, tem o figurante de indicar a pessoa incumbida, cabe-lhe pagar a remuneração conforme as regras jurídicas que a disciplina.

A respeito da perícia, a lei alude à determinação de ofício pelo juiz, e não foi explícita quanto ao assistente técnico.

Mas havemos de interpretar como sujeita ao enunciado final do ari 33, pois é possível que ocorra determinação de ofício pelo juiz.

A despeito da palavra "paga", que está no ari 33, o que acontece é adiantamento. Na sentença final é que se saberá quem tem a responsabilidade pelas despesas feitas (cf. ari 20). No próprio ari 20, * 2'~, está explícito que "as despesas abrangem não só as custas dos atos do processo, como também a indenização de viagem, diária de testemunha e remuneração do assitente técnico".

2. Perícia O ari 33, 2a parte, só se refere à remuneração. O requerente é que se vincula, mesmo se de ofício o juiz determinou a perícia. Se requerem a perícia duas ou mais pessoas, partes no processo, são solidárias pelo pagamento. Entre st umas reembolsarão às outras, segundo os princípios de direito material.

O ari 33 é concernente ao pagamento (cargo de adiantar), não àcondenação às despesas; de modo que, a final, o vencido tem de ser responsável por elas. Quer dizer: o ari 20 será aplicado (13~ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 5 de agosto de 1942, *R. dos T.,* 139, 688).

No Código de 1939, ari 57, não se falava das perícias requeridas pelo Ministério Público, mas demos a interpretação que resolvia o problema; de jeito que houve a correção no texto de 1973.

Tratando-se de assistente técnico, há a indicação pela parte e a aprovação do juiz, de modo que a parte é que paga a remuneração. Se há dois ou mais autores ou dois ou mais réus, quem presta é quem indicou, ou os que indicaram.

Se a espécie é de perito, quem requerer o exame é quem paga. Há o perito, uma vez que se deferiu o requerimento da perícia. Se ambas as partes requereram, quem paga é o autor, ou se o determinou o juízo.

Remuneração de perito não são custas, mas no ari 20, §20, inclui-se nas despesas que hão de ser pagas pelo vencido a remuneração do assistente técnico. O ari 20, § 20, não alude à remuneração do perito, mas havemos de incluí-la no § 20. Aí há a despesa antecipada, que o vencido há de prestar.

Ari 34. Aplicam-se à reconvenção'), à oposição2), à ação declaratória incidental3) e aos procedimentos de jurisdição voluntária4), no que couber, as disposições constantes desta seção.

1. Reconvenção Quem reconvém propõe a ação, que é contra-ação; o recorrido é réu. Trata-se de ação, em que é pressuposto essencial ao remédio jurídico processual ser "conexa com a ação principal" ou "com o fundamento da defesa" (ari 315). O demandado contesta; e reage, reconvém. A extinção da relação jurídica processual, qualquer que seja, como a desistência da ação pelo autor, não é obstáculo a que se prossiga na reconvençao. A essa corresponde outra relação jurídica processual, como que em frente à outra, em que o autor foi feito réu.

Compreende-se que a lei se refira à incidência das regras jurídicas sobre despesas e honorários em se tratando de reconvenção. No ari 34, em vez de se dizer "incidem", diz-se "aplicam-se"; mas só se há de aplicar o que incide, e

assim o erro de terminologia é sem conseqUências mas.

2. Oposição Na oposição, o terceiro contrapõe aos litigantes, não pretende inserir-se na relação jurídica processual já existente, nem ser

tratado como se inserto estivesse, nem que o processo que suscita se conecte com o outro, nem tem interesse na questão entre o demandante e o demandado, quer seja *quaestio iuris* quer *quaestiofacti* , nem intervém para ajudar, nem chama ou nomeia alguém. O seu propósito, com base na pretensão àtutela jurídica, na pretensão de direito processual e na pretensão de direito material, é *opor-se* aos litigantes, numa só demanda, posto que pudesse propor duas ou mais contra os dois ou mais litigantes. A lei tinha de aludir à oposição ao ter de redigir regra jurídica sobre a incidência das regras jurídicas sobre despesas e honorários advocaticios. O que mais importa élembrar-se que se trata de outra ação, com outro remédio jurídico processual, embora com embutimento. O opoente é autor; os opostos, réus.

3. Ação declaratória incidental A ação declaratória incidental éaquela que se permite a qualquer das partes que tem interesse em que o juiz declare existir, ou não existir, a relação jurídica, uma vez que de tal eficácia declarativa depende a decisão da lide. Antes, ari 50, depois, arts. 325, 469, III, e 470.

Trata-se de ação declaratória, que resultou de ser necessário que se diga algo sobre a existência ou inexistência de elemento de que depende a sentença final. Embute-se na ação principal, mas ação é, para que o pronunciamento sobre ela seja anterior ao que se vai fazer. Pode acontecer que o juiz julgue procedente a ação declaratória incidental e julgue improcedente a ação principal. Aí, a sentença, naquela, não atinge essa, razão, por exemplo, por que o vencido numa é que tenha de ser condenado nas custas. Pode dar-se que seja julgado improcedente a ação declaratória incidental e não a principal mostra não ter havido a ligação entre as relações jurídicas. Aí, quem paga as custas é o vencido, como sempre se há de entender. Por outro lado, a sentença favorável sobre a ação declaratória incidental fez coisa julgada, e não pode ser que a falte à sentença na ação principal; ou vice-versa. O

ari 259 é invocável, porém não se trata de pedido subsidiário (ari 259,1V). Precisa-se que se não confunda a sentença na ação declaratória incidental com a apreciação de quanto prejudicial, decidida incidentemente no processo (ari 469,

III).

A declaração há de ser concernente à questão ou a questões de direito material, e não de direito processual. Se o juiz verifica que a sentença na ação principal não depende da declaração, cabe-lhe frisar isso na sentença que profere na ação declaratória incidental. Com isso pode afastar julgamento seu, na ação declaratória incidental, que venha a fazer coisa julgada material. Assim, evita que negue a existência de relação jurídica objeto da ação principal.

O ari 50 fala de “qualquer das partes”, mas o ari 34 não vai a essa explicitude. Tanto o autor quanto o réu pode pedir a declaração incidental. No ari 325 dá-se o prazo de dez dias, contado da contestação, para que o autor peça a declaração incidental. Se é o réu que deseja a declaração incidental, havemos de entender que tem de pedi-la na contestação, ou mesmo antes. Surge o problema de ter o réu reconhecido o fato em que se fundou a ação, mas alegou ter existido fato impeditivo, modificativo ou extinto do direito do autor e o autor entender que precisa de declaração incidental para que o juiz aprecie depois o que o réu argúi. Aí, tem o autor dez dias para manifestar-se (ari 326). Então, é nesse prazo que o autor pode pedir a declaração incidental, ou mesmo outra declaração incidental, inclusive com produção de prova documental.

Pode acontecer que, na contestação, haja o réu pedido a declaração incidental, seria supérfluo, se não absurdo, que o autor pedisse a mesma declaração, ou a declaração negativa do que o réu pediu. O que afasta o pedido da outra parte é haver litispendência (ari 301, V).

Diante da sentença quanto à declaração incidental, se a questão da ação principal for unicamente de direito, ou de direito e de fato, sem necessidade de produzir prova em audiência (ari 330, 1), há para os dois julgamentos a antecipação da lide.

A sentença na ação declaratória incidental nada tem com a decisão de “questão incidente” a que se refere o ari 162,

§ 20. O recurso é o de apelação (ari 513).

4. Jurisdição voluntária Há o ari 24 em que se estatui que, nos procedimentos de jurisdição voluntária, as despesas são adiantadas pelo requerente, mas rateadas

entre os interessados. O pagamento é na ocasião de cada ato processual. Nas despesas adiantadas incluem-se as que forem relativas a atos que foram produzidos a requerimento do Ministério Público ou determinados de ofício. Os honorários têm de ser calculados conforme o mínimo e o máximo que a lei fixa e atendidos os elementos do serviço. Se o valor da ação é inestimável, ou pequeno, o juiz no cálculo dos honorários advocatícios decide com eqUidade. Se ocorre desistência, o desistente paga as despesas dos atos processuais, requeridos pelo Ministério Público, ou pela Fazenda Pública. São pagas a final, como rateio entre os interesssados, de modo que qualquer deles pode depositar e exigir o depósito das frações dos autores, ou prestar o total, cobrando-as depois. Quando, a requerimento de qualquer interessado, o juiz der por extinto o processo sem julgar o mérito, nenhum dos interessados pode propor nova ação sem pagar ou depositar em cartório as despesas e honorários a que forem condenados os (Arts. 34 e *35)*

figurantes, ou não pode propor de novo a ação quem foi responsável pela falta ou defeito que deu ensejo à extinção, se não paga ou deposita aquilo a que foi condenado. Se, no processo, aconteceu ato manifestamente protelatório, impertinente ou supérfluo e houve impugnação, a parte que o promoveu ou praticou paga as despesas. Se ocorreu assistência técnica, ou perícia, incide o ari 33. Também é invocável o ari 35.

Ari 35. As sanções impostas às partes em conseqUência de má-fé') serão contadas como custas e reverterão em beneficio da parte contrária; as impostas aos serventuários2) pertencerão ao Estado.

1. Má-fé e condenações As partes e os procuradores têm de proceder com boa-fé. O ari 16 refere-se ao liquidante de má-fé, e o ari 17 contém a definição, miudeando as espécies. Há a indenização, conforme o ari 18 e §§ 10 e 20.

Porém quaisquer outras sanções que se refiram a dinheiro ou valor são apanhadas pelo ari *35.* Contam-se como custas e creditam-se à parte contrária; ou às outras partes que não infrigiram a lei, se voluntária a jurisdição.

O que foi imposto às partes, em vista de sanção, cobra-se como custas, porque se lhes dará destino conforme a condenação. No ari 18 da Introdução do Código Civil de 1916 vinha a regra jurídica do ari 67 do Código de 1939

(hoje, ari 835). Posteriormente, o Decreto-lei n0 4.657, de 4 de setembro de 1942, deixou de inserir a regra jurídica sobre caução às custas. Daí ter-se pretendido, sem qualquer pertinência, que se derrogara o ari 67, o que (nem seria de esperar-se outra solução) a 2a Turma do Supremo Tribunal Federal, a 12 de setembro de 1947, repeliu, radicalmente *(A. J.*, 86, 142). A 2~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 8 de junho de 1948 *(R. dos T.*, 175, 610), decidiu que o décuplo das custas é percebido pela parte, e não pelo Estado, que se tivesse estabelecido a percepção estatal teria determinado que o adimplemento fosse em selos inutilizados nos autos pelo juiz. Mas firmou-se a interpretação que déramos na 1a edição. Hoje, não se fala em selos.

2. Serventuários Sempre que houver qualquer infração do serventuário e tenha ele de pagar aquilo a que foi condenado, o pagamento é ao Estado; isto é, à União, se federal à Justiça, ao Estado-membro, se estadual, se do Município o serventuário, ao Município.

1. Procuradores processuais É da procuração em juízo que o Código de Processo Civil, arts. 36-40, vai tratar.

Supõe o direito material a respeito, que aliás o conceito de mandato não esgota o de atividade no processo, e não é, sequer, o que mais acontece; não o faz, nem o refaz. *A priori,* essa, pelo menos, deveria ser a atitude do legislador processual. Deixou isso de ter consequências relativas à validade do texto, desde que o legislador central recebeu a função de editar leis de processo. As relações jurídicas entre os procuradores e as partes escapam, conceptualmente, a legislação processual. Em todo o caso, os deveres de ética profissional e as regras de lei sobre a conduta dos advogados constituem fundo comum em que os conceitos de “direito” e de “dever”, quer no plano do direito material quer no plano do direito formal, bebem parte do seu conteúdo. Esse fato de o conteúdo dos conceitos variar com o fundo comum que varia é conhecido no método de fontes e interpretação das leis. A ambiência dos conceitos legais não põe os conceitos como absolutos, e sim como relativos uns aos outros, sem se precisar das noções de “revogação” e “derrogação”, para se notar a variação de um conceito.

2. Representação processual A respeito dos “procuradores” (processuais) convém abstrair-se da relação jurídica entre o procurador e a parte. O que interessa é a *representação processual*, relação jurídica entre a parte e o juízo,

através de alguém. E a *procura,* conceito diferente e mais vasto do que o de mandato, a despeito da expressão

"mandato", que aparece logo no ari 37, por defeito de terminologia vulgar, que acabou por se introduzir nas leis.

Muito se ganharia em usar, sempre, a expressão "procura processual", ou "procura judicial", de conteúdo suficientemente largo.

Ari 36. A parte') será representada2)<I~) em juízo por advogado legalmente habilitado3). Ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria4), quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver5).

1. Capacidade legal e advocacia'25 A capacidade legal é dada pelo direito material, vulgarmente o direito civil, porém não só ele, em muitos casos. Há, ainda, a *capacidade postulacional,* de que adiante falaremos.

O advogado pode ingressar nos autos ou promover a ação em virtude de substabelecimento de procuração por procurador não-advogado (5~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 10 de abril de 1951, *D. da J.,* de 18 de março de 1953; 2~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 13 de março de *1951, R. dos* 71, 192, *250),* ou se é um dos procuradores e se há de entender que o outorgante permitiu que lhe coubesse a função.

A representação sem poder de representação é *ineficaz.* O processo ou o ato processual não tem eficácia quanto à parte que o procurador ou o advogado dizia representar. Não se trata de nulidade (2~ Turma do Supremo Tribunal Federal, II de outubro de 1949, *O D.*, 67, 173, com impropriedade de linguagem, e 2~' Turma, 3 de dezembro de 1948, *O D.*, 60, 235). Quem foi representado por advogado sem poderes não entrou no processo.

As decisões que negam a ratificabilidade do ato processual em que funciona pessoa sem procuração partem da premissa falsa de se tratar de nulidade *(e. g.,* 6~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, l~ de fevereiro de 1952, *R. dos 7'.,* 199, 400), e não atenderam aos arts. 13 e 37, com o parágrafo único, que mostra admitir-se a ratificação. A ja Câmara Civil, a 22 de fevereiro de 1951 (192, 228), assentou, e bem, que, embora interposta por advogado sem poderes,

é de se tomar conhecimento da apelação se, dentro do prazo legal, foi oferecida procuração com poderes bastantes. A ratificação pode dar-se até a hora de se iniciar o julgamento. Se não advém ratificação, o recurso foi ineficaz (cp. Tribunal Regional do Trabalho da 2~ Região, 21 de junho de 1951, *R. dos 7'.*, 194, 1028).

A ratificação tem de ser escrita; mas, na Justiça do Trabalho, têm-se admitido procura tâcita e retificação tácita (]~

Turma do Supremo Tribunal Cons!. 88, cap. IV do tú. IV: junto com o Ministério Público (aris. 127 a 130), a Advocacia-Geral da Uniflo (ar!. 131), os procuradores dos Estados e do Distrito Federal (ar!. 132) e a Defensoria Pública (ar!. 134), o advogado é considerado indispensável à administração da justiça (ar!. 133), exercendo uma das funções essencias a ela.

Federal, 27 de dezembro de 1951, *D. da J.*, de 30 de novembro de 1953). Há ainda a serem consideradas as regras jurídicas especiais da legislação do trabalho.

A Conselho de Justiça do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a 16 de setembro de 1950 *(D. da J.*, de 10 de julho de 1951), admitiu o pedido de purga da mora pela própria parte, por envolver confissão. Tal fundamento é supérfluo (cf. 6~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 9 de janeiro de 1951, *R. dos 7'.*, 211, 522).

2. Procura O escrito para a procuração, a velhissima *procura,* pode não ser ligado a mandato. A exigência de ser advogado o procurador, e de haver procuração, sofre exceções criadas por lei. Se a lei material, de direito público ou de direito privado, ou os estatutos da pessoa jurídica conceberam a relação entre a parte e o advogado sem ser como relação jurídica direta, tem o juiz de se satisfazer com o escrito, desde que o investido de poderes tenha capacidade legal e seja advogado legalmente habilitado. Em vez de "mandato", no ari 37 devia estar "procuração".

O mandato, se existe, pode ser oral. O que mais ocorre é que o advogado faz com o cliente o contrato de locação de serviços, ou de obra, ou o contrato de trabalho (menos frequente) e recebe depois a procuração, que é inconfundível com o contrato entre cliente e advogado e, *afortiori,* com o contrato de mandato,

que pode não existir e pode ser concluído com outra pessoa, que constitua procurador algum advogado, ou, até, que substabeleça a procuração, com ajudicialidade, a advogado. Só o advogado pode, em juízo, prestar *serviços, obra ou trabalho* de advogado, e exercer procura em juízo. Pessoa estranha àadvocacia pode ser mandatário, ou procurador, para que constitua um procurador judicial, ou substabeleça, com caráter judicial, a procuração. Os serviços de advocacia podem ser prestados ao Estado, a autarquia, a entidade paraestatal, ou a alguma empresa, de modo que não exista contrato entre quem recebe os serviços e quem os presta. Outra figura se interpõe. Cf. Decreto-lei n0 7.661, de 21 de junho de 1945, ari 31; Código Civil, arts. 1.324-1.330; Código Penal, ari 355. A exigência do registro da procuração só lei especial pode dar. O Código não no exige. Tampouco exige o Código mais do que o reconhecimento da firma.

A 2a Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 11 de novembro de 1941 *(R. F,* 89, 503), entendeu, acertadamente, que o reconhecimento da firma é formalidade suprível (arts. 13 e 37).

Ao advogado, que, mesmo depois de ter conseguido ganho de causa em decisão intercalar, vem a verificar que os fatos não correspondem à verdade, só se abre um caminho para que permaneça com a necessária atenção à própria consciência: entrar em acordo com o cliente e afastar-se da procuração processual, ou unilateralmente manifestar ao cliente que não pode continuar na defesa. Enquanto está na relação jurídica de procura, não pode ter opinião contrária àquilo que expusera e sustentara, salvo se há fatos novos ou argumentos novos contra os quais não pode objetar.

O jurisconsulto não está ligado a qualquer causa; e tudo sugere que ele deve abster-se de advogar. O parecer é dado de conformidade com os *fatos*, que se lhe expõem, os *princípios* que são invocados, ou que ele invoca, e as *questões* que se levantam na consulta. Dado o parecer, não mais persiste qualquer relação jurídica entre ele e a consulente, que por vezes não é, sequer, a parte. O advogado tem de exigir indicação de fatos que identifique a causa. O jurisconsulto, não. Ainda quanto à mesma causa, questões apresentadas em concreto, ou em abstrato, podem ser respondidas umas contra o interesse de A e outras no interesse de B. Muitas consultas não referem, sequer, nomes ou lugares. Daí ser de toda a conveniência que o jurisconsulto exija dados e documentos que bem caracterizem os fatos, porque assim, dividindo o parecer

em três partes (fatos, princípios e consulta), quem quer que leia o parecer sobre como proceder com lealdade e correção o consulente, expondo os fatos, sem alterações da verdade e sem omissões.

3. Advogado legalmente habilitado Advogado há de ser legalmente habilitado; portanto, excluídos os solicitadores.

Tem de ser inscrito no quadro da Ordem dos Advogados (já no Decreto n0 20.784, de 14 de dezembro de 1931, ari 21).126 O que a lei proibe é o ingresso em juízo, ou a prática dos atos processuais. A relação jurídica entre as partes e alguém, que delas receba poderes, não lhe interessa. Tal relação pertence ao direito material, público ou privado, em que se plasmou a relação jurídica. O que a lei proibe, portanto, é apenas a representação processual, no sentido estrito e exato (“em juízo”). A pessoa que recebeu poderes de alguma das partes não fica privada de substabelecê-los em advogado legalmente habilitado. Essa solução, adotada pela antiga Corte de Apelação do Distrito Federal

(A. J., 34, 249), a 9 de maio de 1934, confirmava corrente anterior, a despeito da criação do quadro da Ordem dos Advogados.

Só têm legitimação para postular em juízo os advogados, os estagiários e os provisionados. O *advogado* há de ser bacharel ou doutor em direito, que satisfaz requisitos exigidos pelo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, ari 48, e na Ordem está inscrito. *Estagiário* é o estudante da quarta ou da quinta série da Faculdade de Direito, oficial ou reconhecida, com a satisfação dos pressupostos e a inscrição na Ordem (ari 49). *Provisionado* é o que prestou exame perante comissão de três advogados e recebe do Presidente do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil autorização, por tempo de quatro anos, para exercer procuradoria judicial, bem como a extrajudicial que a ela se ligue, em três comarcas no maxímo, em nenhuma das quais existem profissionais em número maior de três (Estatuto, ari 52 e §~ l~ e 20)t27 O ari 36 do Código abrange as três funções acima referidas.

No ari 72, o Estatuto diz: “Os estagiários poderão praticar os atos judiciais não privativos do advogado (artigo 71, §

30) e exercer o procuratório extrajudicial .“ O ari 71, ~ 3~, é o em que se estabelece que “compete privativamente aos advogados elaborar e subscrever

petições iniciais, contestações, réplicas, memoriais, razões, minutas e contraminutas nos processos judiciais, bem como a defesa em qualquer foro ou instância". Os provisionados só podem exercer advocacia em primeira instância (ari 74).125 A superior instância é em capital, onde não ocorrer o que se exige para os provisionados.

Quanto à capacidade para a procuração em juízo, há o ari 1.325 do Código Civil: "Podem ser procuradores em juízo, todos os legalmente habilitados que não forem: 1. Menores de vinte e um anos, não emancipados ou não declarados maiores. II. Juizes em exercício. III. Escriváes ou outros funcionários judiciais, correndo o pleito nos juizes onde servirem, e não procurando eles em causa própria. IV. Inibidos por sentença de procurar em juízo, ou de exercer oficio público. V. Ascendentes, descendentes, ou irmaos do juiz da causa. VI. Ascendentes, ou descendentes da parte adversa, exceto em causa própria."

Na Lei n0 4.215, de 27 de abril de 1963 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), diz o ari 75: "E lícito à parte defender seus direitos, por si mesma ou por procurador apto, mediante licença do juiz competente: 1 não havendo ou não se encontrando presente, na sede do juízo, advogado ou provisionado; II recusando-se a aceitar o patrocínio da causa, ou estando impedidos os advogados e provisionados presentes na sede do juízo, que serão ouvidos previamente sobre o pedido de licença; III não sendo de confiança da parte os profissionais referidos no inciso anterior, por motivo relevante e provado."

127

O ar!. Lº da Lei n0 7.346, de 22.7.85, proibiu novas inscrições de provisionados na OAB, exceto quando se tratar de transferência de sede da atividade profissional.

A representação em juízo por pessoa não inscrita na Ordem dos Advogados produz nulidade dos atos processuais (já assim Decreto n0 22.478, de 21 de fevereiro de 1933, artigo 24); os atos praticados porpessoas impedidas (não as proibidas!) de advogar eram anuláveis, somente podendo requerer a anulação a outra parte interessada no mesmo processo (Decreto n0 22.478, ari 24, § jO)~ O ari 24, § l~, do Decreto n0 22.478 referia-se ao ari 11, e não ao ari 10; de modo que deve ter havido lapso no julgado da í a Turma do Supremo Tribunal Federal, a 27 de outubro de 1949 *(R. F.,* 143 118), que aludiu a "impedidos ou proibidos

de advogar". A invalidade por não ser inscrito na Ordem dos Advogados o procurador judicial é nulidade; no caso de ter funcionado pessoa proibida, se não há a nulidade por falta de inscrição, há nulidade.

Hoje, na Lei n0 4.215, de 27 de abril de 1963 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), há o ari 76: "São nulos os atos privativos de advogados praticados por pessoas não inscritas na Ordem ou por inscritos impedidos ou suspensos, sem prejuízo das sanções civis e penais em que incorrerem" (arts. *65, §* l~', 124 e 4. Advocacia em causa própria Se a parte é advogado legalmente habílítado, pode defender, por si só, os seus direitos em juízo, ou como réu, ou em qualquer outra posição jurídica processual. Nem seria de admitir-se a obrigatoriedade da representação. Já é muito que se exija a formalidade de cursos jurídicos que nem sempre correspondem à realidade das habilitações. Os conceitos de advogado e legalmente habilitado não são conceitos de direito processual. O Estado fez da profissão de advogar função dependente dele, no que se refere à habilitação, deixando livre a escolha. Não há classificação por instância, nem matérias; de modo que o principio da igualdade, anterior à classe, continua intacto. A capacidade para exercer, nas ações, a advocacia, é chamada *capacidade postulacional*

Quando a parte também é advogado, legalmente habilitado, em vez de haver representado e representante, há uma só pessoa, que é parte e exerce a atívídade postulacional. Uma vez que ela está inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil, legalmente habilitada está. Ela é que escolhe em ser parte e advogado, ou ser parte e constitui advogado, a despeito de estar em situação suficiente para postular. Se ela é estagiária ou provisionada, somente pode praticar o que estagiário ou provisionado pode fazer, inclusive no tocante às limitações territoriais.

Para não se alterar o texto, mantiveram-se as referências nele feitas ao revogado Estatuto da OAB. Vd. porém, a nota anterior, e o ar!. 40 da Lei n0 8.906, de 04.07.94.

Advirta-se que, mesmo se a parte não é advogado, nem estagiário, nem provisionado, pode ela invocar o ari 75 do Estatuto da Ordem dos Advogados (Lei n0 4.215, de 27 de abril de 1963), de que antes já tratamos.

O ari 36, 2a parte, prevê que não exista, no lugar, advogado, ou que não aceitem

o mandato judicial os que houver, ou não o aceite o que houver; e permite que a parte mesma defenda os seus direitos. Entenda-se: ela, ou pessoa sem habilitação legal (2~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, 23 de fevereiro de 1951. *Paraná Jud.*, 53, 390; Tribunal de Justiça do Piauí, 25 de setembro de 1952).

5. Falta de advogado no lugar, ou recusa ou impedimento dos advogados que haja Em pais de extenso território, de comarcas quase despovoadas, em que muita vez o único letrado foi escolhido para juiz, é natural que se pense na falta de advogado no lugar, ou nos casos de recusa, ou impedimento, dos que haja. Recusa do advogado significa recusa por parte daquele que vai litigar, ou por parte do próprio advogado, quando, segundo o seu estatuto, puder esquivar-se ao patrocínio da causa. Os impedimentos são as proibições legais ou de ordem ligada à força maior (individual), como doença, ausência forçada, ou suspensão do serviço profissional. Quanto a só existirem poucos advogados ou um só e não ter a parte confiança neles, ou no único, temos de lembrar o ari 703 do Regulamento n0

737, de 25 de maio de 1850. Pensemos na hipótese de os poucos advogados serem parentes próximos da outra parte, ou inimigos.

Se houve o que se prevê no ari 36, *infine* (“falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver”), há a postulação em causa própria. Mas a regra jurídica só se refere ao lugar, de jeito que, tendo de ser julgado algum recurso, há de ser constituído advogado para a sustentação na superior instância. O que pode ocorrer é que não tenha obtido alguém para recorrer, mas ai a impossibilidade somente se passa no lugar e a própria parte pode recorrer. O que não se lhe permite é, no tribunal, deixar de ter advogado.

Há ação em que o protestante pode ser o próprio autor ou qualquer pessoa, que é a ação de *habeas corpus* (Lei n0

4.215, ari 71, § l~: “pelo próprio paciente ou por qualquer pessoa, mesmo estrangeira”).

O ari 36, *infine,* somente fala de falta de advogado no lugar, ou recusa, ou impedimento dos que houver. Não alude ao caso de existirem alguns ou so um advogado, mas não forem ou não for de sua confiança. No entanto, o ari 75

da Lei n0 4.215, de 27 de abril de 1963 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), estatuiu que “é lícito à parte defender seus direitos, por si mesma ou por procurador apto, mediante licença do juiz competente: III não sendo de confiança da parte os profissionais referidos no inciso anterior, por motivo relevante e provado”.

No Código de 1973, ari 36, apenas se prevê falta, ou recusa, ou impedimento. Acima já remetemos hoje, como remetéramos ao tempo do Código de 1939, ao Regulamento n0 737, de 25 de novembro de 1850. O texto de 1939, ari 106, § V, já era omisso como o de hoje. No entanto, cumpre interpretar-se o próprio artigo 36, tal como entendíamos sob o Código de 1939, ari 106, § E’, como se houvesse equiparado à recusa pelo nomeado e ao impedimento o não merecer a confiança da parte, mesmo porque precisa haver o motivo relevante e provado, que se há de apontar ao juiz. Pensemos no advogado que éevidentemente inimigo da parte, ou do que é advogado da parte contrária em ação parecida, ou que está como advogado em causa criminal contra a parte. Se o advogado é desquitado ou divorciado em casamento com a parte, tem de mostrar que basta isso para ser motivo relevante.

No Estatuto da Ordem dos Advogados, ari 75, 1 e II, fala-se de “sede do juízo”, o Código de 1973, ari 36, de falta de advogado “no lugar”, o que supõe haver necessidade de providências fora da sede do juízo, como em casos de vistorias, perícias, apreensões e até mesmo outras medidas.’3

6. Nomeação judicial do advogado No caso de nomeação do advogado, prevista em lei, o Estado, através do juiz, na sua função protectiva, investe de poderes o advogado escolhido. A procuração não só seria desnecessária como também simularia relação jurídica que na espécie não existe. Quando o Estado investe de poderes o advogado ou o curador especial, de nenhum modo constitui mandatário. Muitos erros na aplicação do direito resultam dessa expansão da noção de “mandato”, que durante muito tempo invadiu todo o domínio do direito público, levando, aqui e ali, a conseqüências contraditórias com a natureza, a finalidade e a própria economia das instituições de direito público. Aliás, esse advogado nomeado não tem os poderes que só a própria parte poderia conferir, ou por procuração ou por outro instituto de direito público ou privado. Não recebe citação inicial; não confessa; não transige; não desiste; não recebe nem dá quitação; não firma compromisso; nos casos em que tem de litisdenunciar, ou chamando ou nomeando alguém à autoria, não pode desligar-se da causa sem

ciência do juízo que o nomeou.

7. Revogação, morte do constituinte e outras causas de extinção dos poderes A revogação da procuração é causa de extinção dos poderes, se revogável a *procura.* A procuração judicial termina, sem qualquer ato do procurado ou dos sucessores do advogado, *ipso iure,* com a morte desse. Tratando-se de quem é advogado de beneficiado de gratuidade, com a extinção do direito a essa (Rudolf Pollak, *System,* 151). Porém não se extingue pela incapacidade superveniente do procurado. A morte do procurado extingue-a.

Ari 37. Sem instrumento de mandato]), o advogado não será admitido a procurar em juízo. Poderá, todavia, em nome da parte intentar ação, a fim de evitar decadência ou prescrição, bem como intervir, no processo, para praticar atos reputados urgentes. Nestes casos, o advogado se obrigará, independentemente de caução2), a exibir o instrumento de mandato no prazo de quinze (IS) dias, prorrogável até outros quinze (15), por despacho do juiz.

Parágrafo único. Os atos, não ratificados no prazo, serão havidos por inexistentes, respondendo o advogado por despesas e perdas e danos3).

1. Pressupostos formais da procuração O Código Civil de 1916, ari 1.289, § 30, ao tempo da pluralidade do processo, entendeu exigir às procurações para juízo não só o reconhecimento da firma, como também o da letra. O

Código de Processo Civil de 1939, revogado, satisfez-se com o reconhecimento da firma e não falou em qualquer registro da procuração. Prevaleceu o Código de Processo Civil, por ser lei posterior do mesmo foco legislativo. No que se refere a revogações e derrogações, quando dois textos são incompossíveis e a mesma a autoridade legislativa, prevalece o texto posterior. Demais, a regra jurídica pertencia a lei especial, no assunto da sua especialidade. A procuração pode ser datilografada, impressa, escrita por outrem. O que importa é que a firma seja do outorgante e essa firma tenha sido reconhecida. Posteriormente, a Lei n0 3.167, de 3 de junho de 1957, ari E’, uniformizou o sistemajurídico e o ari 1 .289, § 40 passou a ser ari 1 .289, § 30 Afasta-se qualquer decretação de nulidade de ato processual por ter faltado o reconhecimento da firma do outorgante da procuração. A conversão do julgamento em diligência para que se reconheça a firma foi a solução acertada, e não o que fez a 1a Câmara Cível do Tribunal de Apelaçao de Minas Gerais, a 18 de julho de 1940: julgar o recurso interposto, a

despeito da falta de reconhecimento e a despeito da outra parte ter alegado ineficácia.

(a) Na técnica legislativa, distinguem-se os atos jurídicos que podem ser orais (não-escritos), os que têm de ser escritos e assinados (com a exigência, ou não, de que os escreva quem vai assinar), os que têm de ser por instrumento público, os que podem ser por instrumento particular, com reconhecimento da firma ou das firmas, ou sem reconhecimento. No sistema jurídico brasileiro, há o reconhecimento obrigatório e o reconhecimento facultativo. A obrigatoriedade é de origem legal, mas pode haver obrigatoriedade de origem negocial, como se a empresa ou a repartição exige, unilateralmente, o reconhecimento das firmas, ou se houve cláusula contratual a respeito. A *ratio legis* para a exigência de ser público o instrumento está em que, pela natureza do ato jurídico, ou pelo valor em dinheiro, tem de ser ditado e assinado pelo figurante, ou pelos figurantes, com as testemunhas, na presença do oficial público. A infração da regra jurídica concerne à forma; e é inválido o ato jurídico, sem caber sanação, nem ratificação.

A *ratio legis* para a exigência do reconhecimento de firma está em que passam à frente, para a validade (raramente, para a existência) ou para a eficácia, a identidade do figurante ou dos figurantes, ou de outras pessoas, que assinem, e a autenticidade da assinatura ou das assinaturas. De ordinário, o banco somente credita a importância do cheque, que não foi visado, se já voltou da compensação, ou se a filial ou agência dá informes suficientes. Quanto aos cheques de depósito no próprio banco, tem ele a ficha com as assinaturas para a conferência. Trata-se de ato verificativo interno àempresa, ou à filial, ou agência, onde está lançado o crédito para a emissão de cheques. As empresas, sejam bancárias, ou não no sejam, somente creditam antes da compensação, quando as circunstâncias lhe permitem ou lhe sugerem assunção do risco.

O reconhecimento exigido por lei ou é como elemento de existência, ou de validade, ou de eficácia. Aquela espécie só é de entender-se se há lei explícita.

As escrituras públicas são escrituras feitas pelo tabelião, ou por seu substituto, com a presença dos figurantes e do oficial público, de modo que consta do texto tudo que ocorreu e se passa com co-assistência de todos (tabelião, figurantes, testemunhas, subscritor a rogo). A função do oficial público é durante todo o ato e concerne a todo o ato.

Diferente é o que se passa com o reconhecimento de firma, que apenas se refere à assinatura de alguma pessoa, mesmo que haja duas ou mais. A cada uma assinatura há de aludir o ato de cognição. Com isso, o temor do risco, para o interessado, ou para os interessados, diminui.

(b) A Lei de 20 de junho de 1774, § 33, deu eficácia semelhante à das escrituras públicas aos escritos particulares

"quando forem legalizados por três testemunhas de inteira fé, e conhecida probidade, que os assinam com as mesmas pessoas devedoras, e reconhecido por Tabeliães Públicos que os vejam escrever". A Lei de 20 de junho de 1774, § 33, somente cogitou de escritos particulares de hipotecas, mas logo se entendeu que isso mesmo devia

"regular aos escritos particulares dos homens de negócio, no que respeita somente a seu comércio" (Manuel de Almeida e Sousa, *Tratado enciclopédico, prático e crítico sobre as execuções,* 428). A razão estava nas Ordenações Filipinas (Livro III, Título 59, ~ 15) e nas outras, Manuelinas (Livro III, Título 45, § 14) e Afonsinas (Livro III, Título 64, § 32).

Além das funções que tinham como lavradores de escrituras e guarda de livros e papéis, os tabeliães tinham as de firmidão *(e. g.*, Ordenações Afonsinas, Livro III, Titulo 64, § 21: "... entam cada huu dos Tabelliáes possam hir aas Casas e Lugares, hu estas pessoas esteverem, para escrepver, e notar os Comtratos, e firmidões que fazer quizerem, e as façaó, e afirmem per a guisa sobredita"). Havia a carta de firmidão, a *jirinitudinis carta* (1212).

A opinião que exigia para o reconhecimento estarem presentes diante do tabelião, as pessoas que assinassem *(omnibus sensibus praesentes esse dehent),* baseada em Samuel Stryk, foi superada. Antes estava em Álvaro Valasco *(Decisionum Consultationuni ac rerum iudicatarum,* 1, 220 s.), em Manuel Alvares Pêgas *(Resolutiones Forenses,* 1, 35), e em muitos outros. A própria Lei de 20 de junho de 1774, * 33, confirmava a princípio *(verbis* que os vissem escrever~').

Quando se afastou o pressuposto da presença, a função do reconhecimento das firmas cresceu de relevância. O

protocolo de firmas, o fichário de firmas, que têm os tabeliães, foi sugestão a empresas, principalmente bancárias ou de vendas, para que, mesmo quando não fosse de uso a exigência do reconhecimento das firmas, possam conferir com as assinaturas nas fichas que guardam as que venham em pedidos, cheques e contratos. Trata-se de verificação interna à empresa, mas que pode vinculá-la a terceiros, que nela confiem. O cheque visado contém reconhecimento implícito da autenticidade da firma do subscritor, ou do endossante, ou de ambos.

(c) O reconhecimento da firma para que o instrumento particular tenha eficácia em relação a terceiro é, evidentemente, para que seja, em relação a terceiro, *eficaz,* e não para que exista e valha. A expressão "validade", que se empregou no ari 1.289, § 30, do Código Civil de 1916, foi imprópria, conforme dissemos no *Tratado de Direito Privado,* Tomo III, § 339, 4:

"Algumas vezes as leis exigem ao ato jurídico o reconhecimento da firma *(e.* g., ari 1.289, § 30) como elemento para sua eficácia." Assim, se A e B concluíram contrato por instrumento particular e querem ou um dos signatários quer que tenha eficácia quanto a terceiros, ou quanto a C, mesmo que C seja o Estado, ou entidade paraestatal, ou entidade pública, para a eficácia é indispensável o reconhecimento das firmas. Dá-se o mesmo com os negócios jurídicos unilaterais ou com os atos jurídicos *stricto sensu* unilaterais ou plurilaterais. Cf. Decreto de 14 de abril de 1834, ari 79; Decreto n0 520, de 11 de junho de 1847; Decreto n0 4.968, de 24 de maio de 1872, ari 213; Decreto n0

3.259, de 11 de abril de 1899, arts. 212 e 214.

2. Inexigência da caução No Código de 1939, artigo 110, era exigida a caução pelo advogado, no caso de ter, sem apresentar o instrumento, de tratar em nome de outrem. O Código de 1973, ari 37, não falou disso, de modo que basta a responsabilidade profissional do advogado.

Nos *Comentários ao Código* de 1939 (II, 189) cogitáramos de alguém que tenha a iniciativa de tal atividade sem ser advogado, mas ter constituído alguém em seu lugar, ou mesmo se é advogado mas prefere que outro o represente. Tal pessoa pode até ser pessoa jurídica, que quer proteger alguma pessoa física ou jurídica. O que tem de existir é o fim de evitar decadência ou prescrição da ação, ou de intervir no processo para a prática de atos reputados urgentes.

Ainda mais: se a parte tinha advogado e ele não mais pode funcionar *(e.* g., faleceu ou está gravemente enfermo ou interditado). Mesmo se estava ausente e não pode chegar a tempo.

Já à data da Lei n0 4.215, de 27 de abril de 1963, ari 70, § 10, já se havia afastado a exigência da caução, o que alterara o ari 110 do Código de 1939.

3. Falta ou defeito da procuração A falta de procuração, ou a apresentação de procuração defeituosa, ou a juntada de procuração sem a firma reconhecida do outorgante, não tem as conseqUências que soía ter ao tempo em que se exigia ser apurado se era sanável ou insanável a nulidade. Advirta-se em que o Código de Processo Civil manda que o juiz, decorrido o prazo para a contestação (ou reconvenção, se houve), determine, dentro do prazo legal, as providências preliminares.

Insistamos:

falta de poderes é causa de *ineficácia,* não de nulidade.

O advogado tem de apresentar o seu instrumento de procura. Mas a lei permite que ele proponha ação, a fim de evitar preclusão ou prescrição, ou que intervenha no processo para a prática de atos reputados necessários. O

Código de Processo Civil de 1973 dispensou a caução.

Aliás, já antes havia o ari 70, § l~, da Lei n0 4.215, de 27 de abril de 1963 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil).’3’

No ari 37, há o prazo de quinze dias, prorrogável por outros quinze dias, para o advogado exibir o instrumento da procuração. De que dia se conta ele? O prazo não começa sempre da data do despacho do juiz, de que o advogado há de ter ciência, mas sim da data em que o advogado soube do despacho. Não se conta o dia do começo, porque isso resulta do ari 184:

“Salvo disposição em contrário, computar-se-ão os prazos, excluido o dia do começo e incluindo o do vencimento.” Até outros quinze dias pode o juiz prorrogar o prazo, portanto, se a decisão do juiz foi anterior à extinção do primeiro prazo. Não se prorrogará o que se extinguiu. Se algo se extingue, só novação poderia ocorrer; não prorrogar-se o prazo que já não está correndo. Se

não se cumpre o que se prometera quanto ao instrumento da procuração, os atos praticados pelo advogado, quaisquer que tenham sido, não existiram. Portanto, inexistentes, e não nulos. Só ajuntada da procuração ratificaria os atos praticados. Sem o adimplemento dentro dos quinze dias, ou nos outros quinze dias, se houve prorrogação, nada feito. Pelos atos praticados e tidos como inexistentes, há responsabilidade do advogado: os atos foram inexistentes, mas a atividade do advogado foi causa de despesas e de perdas e danos.

Ari 38. A procuração geral para o joro'), conferida por instrumento público, ou particular assinado pela parte, estando com afirma reconhecida, habilita o advogado a praticar todos os atos do processo, salvo para receber a citação inicial, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre que se funda a ação, receber, dar quitação e firmar compram isso2)3).

131

O ari 50 * O da Lei n0 8.906, (le 04.07.94, estabelece que "o advogado, afirmando urgênCia , pode atuar sem procuraçâo obrigando-se a apresentá-la no prazo de quinze dias, prorrogável por igual período". Não há exigência de caução .

1. Procuração para juízo A procuração para juízo habilita a todos os atos do processo, exceto para receber citação inicial, inclusive as de chamada ou nomeação à autoria, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, receber, dar quitação, firmar compromisso.

A procuração para o foro em geral dá poderes para interpor quaisquer recursos, inclusive o recurso extraordinário,'32 não para propor a ação rescisória da sentença no processo em que o advogado funcionou.

No caso de ineficácia, por ter praticado algum dos atos vedados pelo ari 38, cabe ao juiz proceder na forma dos arts. 323, 327 e 328. A qualquer tempo pode dar-se a ratificação.

O poder de recorrer e o de variar de recurso incluem-se nos poderes *ad iudicia* (Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará, 4 de agosto de Lê-se na Lei n0 4.215, de 27 de abril de 1963 (Estatuto da Ordem dos Advogados), ari 70, § 30:

“A procuração com a cláusula adiudicia habilitará o advogado a praticar todos os atos judiciais, em qualquer foro ou instância”. No § 40: “A procuração com a cláusula *ad iudicia et extra,* além dos poderes referidos no parágrafo anterior, habilitará o advogado a praticar todos os atos extrajudiciais de representação e defesa perante: *a)* quaisquer pessoas jurídicas de direito público, seus órgãos, ministérios, desdobramentos e repartições de qualquer natureza, inclusive autarquias e entidades paraestatais; *b)* quaisquer pessoas jurídicas de direito privado, sociedades de economia mista ou pessoa física em geral.”’33

A procuração pode ser perante tabelião (instrumento público), ou por instrumento particular, que pode ser manuscrito, ou datilografado, ou por algum outro meio de impressão, sem importar quem escreveu, datilografou ou imprimiu. O instrumento particular, como o público, tem de ser assinado pelo outorgante, a que se exige reconhecimento da firma por tabelião, para que seja eficaz (não se diga que um instrumento particular devidamente assinado *antes* do reconhecimento é nulo; o caso é de ineficácia; o ato jurídico existe e vale, apenas ainda não tem a eficácia de que se trata). Se o outorgante é menor, ainda se também tem de assinar o titular do pátrio poder, tutor ou curador, o instrumento tem de ser público. A falta de reconhecimento da firma é defeito da representação (ari 301, VIII) e dá ensejo também diria, hoje, o comentarista o recurso especial, no qual a Const. 88 (ari 105, III) desdobrou o recurso extraordinário, como admitido no ari 119, III, da Const. 67, com a Emenda ii” I,de 69.

133

O arr. 50 da Lei ~O 8.906, de 04.07.94, dispõe que “o advogado postula, em juízo ou fora dele, fazendo prova do mandato.”

alegação da outra parte, devendo ser ouvido o outorgante no prazo de dez dias e, verificada a omissão do reconhecimento, supre-se, no prazo de trinta dias, a falta (cf. ari 327, que aliás se refere à alegação do réu e suprimento pelo réu). O próprio juiz pode, ao examinar a petição inicial, acompanhada da procuração, determinar que o autor faça reconhecer-se a firma, ou apresente outra procuração ou cópia, assinada e com firma reconhecida (cf. ari 284). Dá-se o mesmo se o réu se defende com procuração com firma não reconhecida, ou se oferece exceção ou reconvenção. Se o instrumento foi feito por oficial público incompetente, ou sem a observância das formalidades legais, se foi assinado pelo

outorgante, tem a eficácia probatória do documento particular (cf. ari 367), mas falta-lhe a eficácia especial que depende do reconhecimento da firma (ari 38). Diante do ari 70 da Lei n0

4.215, que alude a reconhecimento da firma, temos de frisar que houve falha no texto (já havia o ari 1.324 do Código Civil, onde se falava de instrumento particular "devidamente autenticado") e o ari 38 do Código de Processo Civil tem de ser respeitado. Reconhecimento de firma é autenticação.

Se a procuração é de dois ou mais outorgantes, que são partes, todas as firmas têm de ser reconhecidas.

2. Substabelecimento e morte do substabelecente Se a parte constitui procurador judicial, com poderes de substabelecer, e o procurador morre, a procuração do substabelecido continua eficaz. Já o ensinava Melchior Febo, nas *Decisiones*, decisão 199, n0 6.

3. Atos para os quais são necessários poderes especiais *a)* A citação é o ato pelo qual com o mandamento se chama ajuizo o citando para que se defenda. Com ela angularizada fica a relação jurídica processual. Para que alguém possa representar o futuro réu, é preciso que o outorgante lhe dê poder especial, que é ode receber citação.'34 Pode acontecer que tenha de ausentar-se a pessoa: tanto ela pode conferir o poder de receber citação em determinada causa, ou em determinadas causas, ou em ações propostas por determinada pessoa, ou por determinadas pessoas, ou de receber qualquer citação. Na reconvenção também é preciso que tenha poder especial para ser intimado na reconvenção o procurador do reconvindo? A interpretação dos arts. 135 e 316, diante do ari 38, leva à resposta negativa, posto que só *de iure condito.* A propósito da oposição e em texto que se afasta do 134

Pode haver citação . que é ato de integração de pessoa no processo judicial, na forma de intimação ao advogado, como acontece nos casos dos arts. 316 e 740, onde se dispensara poderes especiais.

ari 38, o ari 57 estatui que o opoente deduz o seu pedido e, distribuída a oposição por dependência, são citados os opostos, "na pessoa dos seus respectivos advogados, para contestar o pedido no prazo comum de quinze dias". Não se vá ao exagero de se admitir que o procurador citado na oposição possa, sem poderes

especiais, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre que se funda a ação, receber, dar quitação e firmar compromisso.

b) Quanto à *confissão*, nela se insere a admissão de fatos atribuidos aos outorgantes da procuração. Com ela não se reconhece a procedência do pedido, quer no todo, quer em parte; apenas a pessoa, explícita e voluntariamente, reconhece ser verídico um fato, ou serem verídicos os fatos. Fatos, aí, são fatos *(e. g.,* o que provocou o incêndio da casa vizinha foi o cano de gás que estava aberto, ou que arrebentou), ou atos *(e. g.,* o confitente diz que reconhece ter rompido o cheque que havia entregue à outra parte e essa o deixaria na mesa para atender a um telefone).

c)

O *reconhecimento da procedência do pedido* é a admissão de que os fatos e a incidência da regra jurídica ou das regras jurídicas são pertinentes, donde ter o autor o direito ou os direitos que alega. Em consequência julga o juiz extinto o processo, pelo exame do mérito (ari 269, II). O juiz tem de apreciar o ato de reconhecimento da procedência do pedido, para verificar se é o caso para tal atitude *(e. g.,* o direito não é disponível ou há incapacidade do reconhecimento).

d) A *transação* também extingue o processo com julgamento do mérito (arts. 269, III, 794, II, e 820, III), mas é preciso que o juiz a ache admissível, inclusive quanto a ter sido necessário consentimento de outrem *(e. g.,* ari 992, II). A homologação é que leva à extinção pela transação.

e) A *desistência* causa a extinção do processo sem julgamento do mérito (ari 267, VIII). Foi acertado que a Lei n.

5.925, de 10 de outubro de 1973 corrigisse a Lei n0 5.869, de 11 de janeiro de 1973. A desistência refere-se a

"ação" (no sentido do direito processual, como ocorre no ari 267, VIII), ao ato de se pôr fim ao litígio sem qualquer julgamento do mérito. Não se compreenderia que pudesse algum procurador desistir, sem poderes especiais.

f> A *renúncia ao direito* em que se funda a ação é ato no plano do direito

material, que retira o próprio conteúdo da lide, que então se extingue com julgamento do mérito. A exigência dos poderes especiais, para que tal atitude tome o procurador, passa à frente de qualquer dispensa.

g) O *receber* ou *dar quitação* são atos que descem ao direito material: ali, o credor recebe, e acaba a dívida; aqui, quita. Não poderia o procurador, sem poder especial, receber o que o representado teria de receber, nem, *a fortiori,* dar quitação.

h) O *compromisso* é para que haja juízo arbitral (arts. 101 e 1.072-1.102) e não seria de permitir-se que até aí, sem poderes especiais, pudesse ir o procurador.

O ari 334 diz quais os fatos que não dependem de prova, um dos quais é o fato admitido no processo como incontroverso. Nada há, aí, com o reconhecimento da procedência do pedido (ari 38), ou com a confissão.

Ari 39. Compete ao advogado, ou à parte5) quando postular em causa própria'): 1 declarar, na petição inicial ou na contestação, o endereço em que receberá intimação2)3); II comunicar ao escrivão do processo qualquer mudança de endereço.

Parágrafo único. Se o advogado não cumprir o disposto no n0 1 deste artigo, o juiz, antes de determinar a citação do réu, mandará que se supra a omissão no prazo de quarenta e oito (48) horas, sob pena de indeferimento da petição4); se infringir o previsto no n011, reputar-se-ão válidas as intimações enviadas, em carta registrada, para o endereço constante dos autos6).

1. Advocacia, inclusive em causa própria, e intimações A providência é para o recebimento de intimações.

Recebe-as o advogado, ou a parte advogada em causa própria, ou alguém, sem ser legalmente habilitado, no caso do ari 36, *infine.*

2. Cumprimento da regra jurídica processual A regra jurídica do ari 39 contém pressuposto para a petição inicial, relativo ao endereço. Refere-se ao advogado, ou à parte quando postule em causa própria, a quem dá o dever de comunicar, na petição inicial, sem dizer qual o lugar do domicilio, qual o seu endereço. O endereço pode estar no próprio texto, se se inicia com o nome da parte, que

advoga no caso, ou após o nome da parte e do advogado, se se pôs o nome, acompanhado de outros informes que a lei ou a praxe estabeleçam, ou, embaixo, depois da assinatura do advogado, como procurador em juízo. Se há mudança do endereço, tem ele de dar ciência ao escrivão do processo. É de toda conveniência que a comunicação seja do escritório do advogado e da residência. As providências repressivas do ari 39, parágrafo único, foram acertadas: se omite a referência escrita na petição inicial, o juiz, diante da tal desatenção ao texto legal, antes de determinar a citação do réu, ou as citações dos réus, dáo prazo de quarenta e oito horas para que se supra a falta. Se, no mesmo momento do despacho mandamental, o advogado escreve qual o seu endereço, o juiz defere o pedido; se se extinguiu o prazo, a única solução é o indeferimento. Só em outra petição, que satisfaça o ari 39, pode o juiz deferir o pedido. Se houver mudança do endereço, sem que o advogado tenha feito a comunicação, o endereço que se conhecia continua como se não tivesse mudado. As intimações ou quaisquer comunicações, que tiverem de ir para o endereço, irão, em carta registrada, para o endereço que está na petição inicial, ou que consta de ato informativo ao escrivão, posto nos autos.

3. Indicação do endereço e despacho da petição inicial A regra jurídica do ari 39, II, está de acordo com a função do juiz, que o legislador, fugindo à tradição menos estatalista do Brasil, lhe atribuiu. Porém ai nada de novo contém a providência de simples direção material do feito. O direito anterior reconhecia ao juiz esse papel de verificar as petições, de pôr em ordem peças e atos, evitar o tumultuamento dos autos, a confusão propositada ou acidental nas discussões, etc.

Os deveres do ari 39 são deveres de quem funciona em juízo como advogado, ou parte que postula em causa própria, sendo ou não advogado (cf. ari 36, *in fine).* Só se refere a endereço ou endereços. O que se há de levar em consideração é que existe o ari 236, onde se lê: “No Distrito Federal e nas Capitais dos Estados e dos Territórios, consideram-se feitas as intimações pela só publicação dos atos no órgâo oficial”. No § lo: “Éindispensável, sob pena de nulidade, que da publicação constem os nomes das partes e de seus advogados, suficientes para sua identificação.” No ari 237: “Nas demais comarcas aplicar-se-á o disposto no artigo antecedente, se houver órgão de publicação dos atos oficiais; não o havendo, competirá ao escrivão intimar, de todos os atos do processo, os advogados das partes:

1 pessoalmente, tendo domicílio na sede do juízo; 11por carta registrada, com aviso de recebimento, quando domiciliado fora do juízo". Pergunta-se:

se houve carta registrada, com aviso de recebimento, de quando se começa a contar o prazo ligado à intimação?

Hoje, na esteira de jurisprudência e doutrina anterior, há o ari 241, V, onde se diz que começa a correr o prazo, quando a intimação for por carta postal, da data da juntada aos autos do aviso de recebimento.

O nome do advogado tem de constar da publicação. A carta é enviada ao local indicado (cf. ari 39, 1 e II), sem que o recibo tenha de ser assinado pelo advogado, pois basta ter sido pela pessoa incumbida de passar o recibo *(e. g.*, o cônjuge do advogado, o filho de maior idade residente com o pai, o secretário ou secretária do advogado, se trabalha no lugar do endereço. Se ausente o advogado por muito tempo, a pessoa que por ele apenas poderia passar o recibo deve informar, no recibo, do que se passa. A ausência pode dar ensejo ao ari 231, 1.

Se na carta postal o nome do advogado não é bastante para identifica-lo, havemos de entender que o recibo por ele passado basta, como por pessoa que possa, com o exame da ocorrência, passar o recibo, convindo, porém, que o recebedor ponha no anverso do recibo o que ocorrera com o nome do advogado.

O ari 39 fala de lugar em que há de receber intimação. O Código, no ari 234, define "intimação". Onde há imprensa oficial ou órgão de publicação de atos oficiais, consideram-se feitas as intimações com a só publicação dos atos no órgão oficial (arts. 236 e 237). Fora daí, compete ao escrivão intimar, de todos os atos do processo, os advogados das partes (ari 237, 2a parte). A intimação faz-se pessoalmente, se o advogado for domiciliado na sede do juízo (ari 237, 1 e II; aliás, pode o endereço, conforme o ari 39, 1, não ser o do domicílio, mas o do escritório).

4. Intimação a indicar o endereço Se o juiz não o fez antes? Pode ordená-lo a qualquer tempo, sendo observado, *inutatis mutandis*, o ari 39, parágrafo único.

5. Cumulação de funções processuais No processo, em caso de ser o autor procurador em causa própria, há cumulação de funções: *a)* a função de parte (ou de assistente litisconsorcial, ou de assistente simples); e *b)* a função de

advogado. As regras jurídicas sobre capacidade são as relativas a cada uma dessas funções.

É preciso não se confunda a procuração em causa própria, no plano do direito material, com a procuração em causa própria, no plano do direito processual. Quem é, materialmente, procurador em causa própria e o pode ser, *também*, processualmente, se exerce a procura processual em causa própria, trata-se como quem quer que seja titular do direito e com aptidão à procura processual em causa própria.

As regras jurídicas sobre a procura processual em causa própria são as do ari 39 e parágrafo único do Código de Processo Civil e as de direito público sobre habilitação profissional dos advogados.

6. Mudança de endereço Se é o advogado, que tem o dever de comunicar a mudança de endereço, a solução que a lei dá, põe o advogado na situação de ser responsável perante ele mesmo; *e.* g., não pôde ser feita a intimação pessoal e o escrivão envia as intimações em carta registrada, para o endereço constante dos autos. O ari 237, 1 e II, não é aplicável, porque, se lá não se acha o advogado, a intimação pessoal não pode ser feita; nem se há de exigir que a carta registrada seja um aviso de recebimento. O que pode acontecer é a devolução. Tudo passou a ser da responsabilidade do advogado, inclusive perante a parte representada.

Ari 40. O advogado tem direito') de: 1 examinar, em cartório de justiça e secretaria de tribunal, autos de qualquer processo2), salvo o disposto no ari 155;

II requerer, como procurador, vista dos autos de qualquer processo pelo prazo de cinco (5)3); III retirar os autos do cartório ou secretaria, pelo prazo legal, sempre que lhe competir falar neles pordeterminação do juiz, nos casos previstos em lei.

~ 1 0Ao receber os autos, o advogado assinará carga no livro competente.

~S *20 Sendo comum às partes/) o prazo, só em conjunto ou mediante prévio ajuste por petição nos autos poderão os seus procuradores retirar os autos.*

1. Direitos do advogado As regras jurídicas do ari 40, II e III, tomaram explícitos

os direitos do advogado, uma vez que estejam satisfeitos os pressupostos do ari 36 ou do ari 37, se os seus poderes em juízo concernem às matérias dos autos. A do ari 40, 1, abstrai dos poderes: o advogado tem o direito a examinar em cartório de justiça e em secretaria de qualquer tribunal os autos de qualquer processo civil, salvo se os atos processuais têm de ser em segredo de justiça (por exigência do interesse público, que a lei aponte; se diz respeito a casamento, filiação, desquite, separação de corpos, alimentos e guarda de menores). Não tem ele direito a certidões, salvo se é procurador de alguma das partes.'35

O ari 93, IX, da Const. 88, ao consagrar o princfpio da publicidade dos atos processuais (afirmado também no ari 50 LX), assegura a presença do advogado, mesmo nos processos onde No ari *155,* depois de se dizer que os atos processuais são públicos, estatui-se que "correm, todavia, em segredo de justiça os processos: 1 em que o exigir o interesse público; II que dizem respeito a casamento, filiação, divórcio, separação de corpos, alimentos e guarda de menores". No parágrafo único: "O direito de consultar os autos e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e a seus procuradores. O terceiro, que demonstrar interesse jurídico, pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e partilha resultante de divórcio".

Vista dos autos é a atividade visual de quem lê, examina, confere as peças e estuda os autos do processo. O

interessado tem a vista dos autos; a pessoa do cartório ou da secretaria, a quem requer a vista dos autos, é que lhe dá a vista. Pode ser, e quase sempre acontece, que os autos estejam guardados e se tenha de abrir a porta ou mesmo retirar do lugar em que se encontram. Algumas causas levam a ter-se de pôr em cofre alguns autos. Para requerer é preciso que se trate de procurador, seja do autor ou do réu ou de outra pessoa que se acha na relação jurídica processual.

Quando à *retirada dos autos* depende de ter o juiz de determinar que o advogado fale nos autos, nos casos previstos em lei. Temos hoje de atender ao ari 40, III, tal como está redigido, e não ao Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei n04.215, de 27 de abril de 1963), ari 89, XVII e XVIII.'3<' O advogado tem de ter procuração, porque, se não a tem, não iria falar nos autos.

2. Dever dos escrivães É dever dos escrivâes e diretores de secretarias, respeitado o ari *155,* de deixar que o advogado examíne os autos, no lugar

adequado; e, na hora do serviço, dar vistas dos autos, com o prazo legal (que é improrrogável), se tem procuração de algum dos figurantes, e retirar os autos pelo prazo legal se o juiz o determinou nos casos previstos em lei.

3. Exigência para o exercício do direito O advogado, nas espécies do ari 40,11 e III, tem de assinar a carga no livro do cartório ou da secretaria. Quanto ao simples exame, o escrivão ou diretor de secretaria pode exigir a assinatura, em outro livro, ou no mesmo, com a explicitação de que apenas se trata de examinar no recinto os autos de determinado processo.

.

Já a Lei n0 3.836, de 14 de dezembro de 1960 (sobre a entrega de autos aos advogados e outras providências) disse o ari 20: “Quando os processos se encontrarem em Cartório ou Secretarias de Tribunais, de qualquer espécie, é facultado ao advogado, constituído procurador de uma das partes, retirá-los pelo prazo de três dias, desde que não prejudique o andamento do processo, mediante assinatura de carga no livro competente.” E no ari 30:

“Sempre que o advogado deva falar nos autos, por determinação judicial ou nos casos previstos em lei, ser-lhe-á facultado retirar o processo dos respectivos Cartórios ou Secretarias, pelo prazo legal, mediante carga assinada em livro próprio.” No parágrafo único: “Não se aplica o disposto neste artigo se o prazo for comum às partes, salvo se os respectivos procuradores efetuarem em conjunto a retirada dos autos.” O prazo do ari 20 da Lei n0 3.836 era de três dias; hoje é de cinco dias (ari 40, II).

A Lei n0 4.215, de 27 de abril de 1963, que afastou a Lei n0 3.836, de 14 de dezembro de 1960, continua em vigor em tudo que não ofenderia, hoje, o Código de 1973. Daí ser conveniente termos em mira o ari 89, XIV-X VIII e XXIII, bem como o § 20. O ari 40, do Código de 1973, afasta a retirada de autos por pessoa sem procuração, que estava na Lei n. 4.215, ari 89, XVIII.’37

4. Prazo comum às partes O prazo legal tem de ser respeitado impreterivelmente, de modo que, se o número de partes não permite a divisão em dias, a única solução é o estudo em conjunto, ou conforme horário que o escrivão ou o diretor da secretaria destina aos interessados no prazo comum; ou os interessados entram em acordo e pedem ao juiz que os autos sejam entregues a todos, ou a

cada um conforme o tempo que a todos foi distribuído.

A vista dos autos é por cinco dias (ari 40, II). A retirada dos autos é“pelo prazo legal” (ari 40,111). O prazo é o prazo para falar, que se fez prazo para reter os autos. No Estatuto da Ordem dos Advogados, tem-se como infração disciplinar reter, abusivamente, ou extraviar autos recebidos com vistas ou em confiança (ari 103, XX) e a falta enseja a pena de suspensão (ari 110, II) e, no caso de terceira incidência, a eliminação (ari 111, II).

A retirada, conforme acordo, depende de despacho do juiz. No caso de prazo comum, a retirada pode ser conjunta (todos os que assinaram a

carga no livro adequado são responsáveis), ou conforme a distribuição do tempo. O pedido, em caso de acordo, é assinado por todos, ou são separados os pedidos, com as respectivas assinaturas. Se aentregaéem conjunto, todos assinam a mesma carga.

DA

SUBSTITUIÇÃO DAS PARTES E DOS PROCURADORES

Ari 41. Só é permitida, no curso do processo,

a substituição voluntária’) das partes nos casos expressos em lei2).

Ari 42. A alienação da coisa ou do direito litigioso3), a título particular, por ato entre vivos7)), *não altera a legitimidade das partes.*

~S *JO O adquirente ou cessionário não poderá*

ingressar em juízo, substituindo o alienante, ou o cedente, sem que o consinta a parte contrária4).

~S *200 adquirente ou o cessionário poderá, no*

entanto, intervir no processo, assistindo o alienante ou o cedente5).

~S 30 *A sentença, proferida entre as partes*

originárias, estende os seus efeitos ao adquirente ou ao cessionário4).

1. Substituição legal e voluntária Ao referir-se à substituição voluntária, o legislador de 1973, que fez bem em inserir os arts. 41-43, já supôs a distinção conceptual entre substituição legal (sub-rogação legal) e substituição voluntária. Mas tem-se de ter atenção ao que, nos arts. 41-45, consiste em substituição *das partes* e em substituição dos *procuradores* (arts. 44 e 45).

Uma vez que o Código de processo Civil de 1973 deu à substituição das partes conceito amplo (arts. 41-43), devemos abster-nos de volver àdiscussão que, em torno do Código de Processo Civil de 1939, ou de sistemas jurídicos estrangeiros, perturbavam a conceituação. O que a lei concebe como substituição processual voluntária enche o conceito.

A substituição (sub-rogação) ou é subjetiva ou objetiva. Os arts. 41-45 somente têm como conteúdo regras jurídicas sobre substituição ou sub-rogação pessoal.

A substituição ou é legal *(ex lege)* ou é voluntária. Com a saisina, opera-se, automaticamente, a substituição das partes, mesmo se desconhecido o herdeiro, ou desconhecidos os herdeiros, ou se nada se sabe sobre a sua existência.

A substituição pode ser em relações jurídicas pessoais, ou em relações jurídicas reais. Não há sub-rogação subjetiva se o direito é intransmissível, ou se extingue com a morte do titular, ou por outra causa. Já na nota 3), antes do ari 70, nos referimos à substituição das partes e criticamos a alusão à“capacidade processual” e à nota 7) expusemos o que era necessário sobre a capacidade postulacional.

A substituição, quer legal, quer voluntária, ou é ativa ou passiva; e tanto ocorre com o autor e o réu, o reconvinte e o reconvindo, como a respeito dos intervenientes, ou assistentes. Quanto às dívidas da herança, por exemplo, com a sub-rogação subjetiva passiva.

Pode acontecer que uma só pessoa se sub-rogue a outra, ou a outras, ou que sejam duas ou mais pessoas que se sub-roguem a uma.

O ari 41 fala de “partes”, mas havemos de entender que se substituem assistentes. Quanto à oposição, opoente e oposto são partes, como são partes o

reconvinte e o reconvindo. Na nomeação à autoria, pode haver a substituição, se o nomeado a aceita; recusando-a, nomeação não houve. Também ela pode acontecer na denunciação da lide, ou no chamamento ao processo. O que se supõe, no ari 41, é que esteja iniciada a relação jurídica processual. Se ainda não houve a citação, falta a angularidade, mas pode alguém substituir o autor, caso morra antes de se efetuar a citação, o que faz o espólio ou seus sucessores substituirem o decujo e suspender o processo (arts. 43 e 265, 1).

No ari 41 há referência aos "casos expressos em lei". Um deles está bem perto, que é o do ari 42, * l~', o do adquirente, ou do cessionário, se após a citação, com o conhecimento da parte contrária. A substituição voluntária das partes, antes da citação, não depende de regra jurídica que expressamente a permita. Nos casos do ari 41, que é no "curso do processo (portanto, a qualquer momento após a citação, que angulariza a relação jurídica), sim: é preciso que se possa invocar alguma regra jurídica permissiva da substituição voluntária. A do ari 42, § 20, é uma delas mas a principal, por sua profundidade, é a do ari 43.

Existe a transmissão judicial da dívida, que resulta de eficácia constitutiva, ou executiva, da decisão do juiz, que ou se irradia, de ordinário, após a coisa julgada, ou a partir de determinado momento no passado ou no futuro.

Teremos ensejo de desenvolver o trato desses assuntos, tanto mais quanto há erros graves nos conceitos e nas exposições, como o de Francesco Carnelutti *(Lezioni*, VII, 10) quando chama de "novação" a sub-rogação processual pessoal do ari 673 do vigente Código de Processo Civil.

É de relevância distinguir-se a sub-rogação pessoal e a pretensão a sub-rogar-se, tal como se encontra nos casos da remição de imóvel hipotecado.

O órgão do Ministério Público pode exercer função que a lei lhe atribui como sub-rogado processual, de modo que passa a ser autor ou réu, em substituição, *ex lege.* Não se diga, portanto, que o substituto opera sempre no próprio interesse, como diziam alguns juristas italianos. Mesmo porque, se há interesse na espécie, é do Estado, interesse inconfundível com o do substituído. Relação jurídica, de direito material privado, ou público, há de ligar o substituto ao substituído.

Os arts. 41-44 são textos que não existiam no Código anterior. Quanto ao ari 41, nele se cogita de substituição voluntária das partes, no curso do processo.

Qualquer substituição anterior ao despacho da petição inicial, no tocante ao autor, ou à citação, em se tratando de réu, é regida somente pelo direito material. No curso do processo, tem-se de verificar se o direito material a permite e se a permite o direito processual. O *princípio da substituição voluntária do alienante pelo adquirente* era o principio tradicional do direito processual civil brasileiro (cf. Reg. n0

737, de 25 de novembro de 1850, ari 409; Código de 1939, ari 750: *alirer,* o Código de 1973, arts. 41,42 e 1.061).

Hoje, por influência da Ordenação Processual Civil alemã, § 265, se está em curso o processo, foi redigido o ari 42.

Convém falar-se do texto alemão. Lê-se no § 265: "A litispendência não exclui o direito de uma ou de outra parte a alienar a coisa litigiosa, nem o de ceder a ação exercida" (Die Rechtshängigkeit scliesst das Recht der einen oder der anderen Partei nicht aus, die in Streit befangene Sach zu veräussern oder den geltend gemachten Anspruch abzutreten). Essa 1a alínea do § 265 não foi posta no Código de Processo Civil brasileiro de 1973, nem seria conveniente que se pusesse, porque se trata de regra jurídica de direito material heterotopicamente colocada na Ordenação Processual Civil alemã. Depois, na segunda alínea, estatui-se: "A alienação e a cessão não influirão no processo. O sucessor não é legitimado, *sem* o consentimento da parte convidada a assumir o processo como parte principal em lugar do seu antecessor nem para se elevar à intervenção principal (Die Veräusserung oder Abtretung hat auf den Prozess Keinen Einfiuss. Der Rechtsnachfolger ist nicht berechtig, ohne Zustimmung des Gegnets den Prozess als hauipartei an Stelle des rechtsvorgängers zu übemehmen oder eine Hauptintervention zu erheben). Ainda se refere ao interveniente adesivo, ao qual não se aplica o § 69. Portanto, não se equipara a litisconsorte da parte principal.

No Código de 1973 o ari 42 e o §. 10 corresponde ao § 265, ia e

alíneas. Temos, adiante, de analisar o § 20 do ari 42 do tocante ao interveniente adesivo.

2. Casos expressos em lei A substituição voluntária quase sempre está prevista em atos de que resulte transmissão ou outorga de poderes suficientes. A lei pode estabelecer pressupostos contenutísticos e formais para que a substituição

voluntária ocorra.

Não se deve nem se pode falar de substituição ou de sub-rogação, em direito processual, se a lei atribui a alguém, pessoa física ou jurídica (inclusive o Estado, por algum dos seus órgãos, ou alguns dos seus órgãos), a propositura da ação, ou a defesa. O proponente da ação popular não substitui; o órgão do Ministério Público que propõe a ação de nulidade de casamento, por incompetência da autoridade, ou de dissolução de sociedade, ou de medidas contra bancos ou casas bancárias, ou de nulidade de patentes de invenção ou de marca de indústria e de comércio, não substitui.

Se alguém é nomeado curador à lide (arls. 80 e 90 1 e II), tem- se de verificar qual a função que o curador nomeado vai exercer. Nem todas são iguais. No ari 90, 1, ía parte, estatui-se que o juiz nomeie curador especial ao incapaz, se não tem representante legal, e tal curador à lide é representante legal, de modo nenhum se pode falar de substituição: representar não ésubstituir. Conforme o ari 90 j 2a parte, ojuiz nomeia curador especial para o incapaz se com os seus interesses colidem os do seu representante legal:

ai, há substituição de representante legal por curador nomeado pelo juiz e tal substituição não é de parte, mas *de procurador* (cf. arts. 44 e 45). Se o juiz nomeia curador especial ao réu preso (ari 90 ~ ~a parte), o nomeado representa porque mesmo se o réu tem procurador, a função é de colaboração. No caso de revelia do réu citado com hora certa, a função do curador, se não há representante, é a de representar; se o há, a de colaborar.

3. Alienação de coisa litigiosa ou de direito litigioso Se a parte aliena a coisa, ou aliena ou cede o direito que é objeto do litígio, 3X não deixa de ser parte quem o era. No plano do direito material, pode ocorrer a transmissão do direito real ou pessoal, mas o direito processual civil resguarda de conseqÚências que o legislador apreciou a repercussão automática na relação jurídica processual. A lei de processo civil alude ao que se passou no direito material e estatui que, para a substituição voluntária, é de mister que existe em lei a permissão, ou, acrescente-se, a imposição. Mas, na hipótese de alienação de coisa litigiosa ou de direito litigioso, fez explícito que a situação das partes continua como era, com as circunstâncias provocáveis conforme os §§ 10 e 20.

Não se pode negar que a alienação de coisa ou de direito, seja transíativa ou

constitutiva *(e.g.*, penhor, hipoteca): tem eficácia, repercussão, na relação jurídica processual e na futura sentença (sem razão, a chamada *teoria da irrelevância).* O que acontece é que o alienante ou o cedente continua como parte, e o seu sucessor, pelo fato da litispendência, não pode, sem o consentimento da parte contrária, substituir o alienante ou o cedente.

4. Consentimento da outra parte A substituição não se dá, sem que a parte contrária consinta; mas, ao advir a sentença, tem ela eficácia contra o sucessor, inclusive para a execuçao.

A regra jurídica do ari 42, § l~, fez-se cogente, a despeito do que pode ter-se passado no plano do direito material.

Vamos aos exemplos: o autor ou o réu pode ter alienado o bem móvel ou imóvel, cuja transmissão da propriedade dependia do registro e foi feito; a despeito disso, não se opera a substituição voluntária. Para que ela se dê, é de mister que a outra parte consinta em que o adquirente substitua o alienante, posto que a substituição no direito material já se consumou. Dá- se o mesmo com a cessão . Diante de tais situações distintas no direito material e no direito processual, o ari 42, § 20, acertadamente permite que o adquirente ou cessionário intervenha no processo, como assistente do alienante ou do cedente. Partiu-se de uma *perpetuatio legitimationis,* e o ari 42, § 20, não é exceção ao princípio, porque, mesmo se o ari 42, § 20, não existe, pode o terceiro, sempre que entre duas ou mais pessoas esteja pendente uma causa, ir ao processo como assistente, desde que a respeito tenha interesse jurídico (ari 50). A eficácia da sentença entre as partes estende-se ao adquirente e ao cessionário (ari 42, § 30) mesmo se a outra parte não consentiu na substituição da parte, ou se nem sequer houve pedido de ingresso ou de assistência. Ainda mais: se a alienação ou ônus foi em fraude à execução (arts. 592, V, e 593, 1).

5. Interveniente adquirente ou cessionário O adquirente ou cessionário pode intervir no processo, como assistente do alienante ou do cedente. Mesmo se a sentença tem toda a eficácia contra ele, tal interveniente não assume a posição de assistente litisconsorcial. Litisconsorte somente é se há duas ou mais partes do mesmo lado, de uma das quais adquiriu ou recebeu a cessão, e a parte contrária consentiu na substituição.

No ari 42, § 20, está explícito que o adquirente ou cessionário pode intervír no

processo, assistindo o alienante ou o cedente. Os arts. 50-55 são invocáveis. Mas há um problema: conforme o ari 54, considera-se litisconsorte da parte principal o assistente toda vez que a sentença haja de influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido.

Pergunta-se: em se tratando de adquirente ou cessionário (ari 42, § 20), se a sentença tem de influir na relação jurídica entre ele o adversário do assistido, há assistente equiparado a litisconsorte (assistência litisconsorcial)? Há uma diferença entre o texto do ari 42, § 20, e o da Ordenação Processual Civil alemã, §265, no final da segunda alínea: “Tritt der rechtsnachfolger aIs Nebenintervenient auf, so ist § 69 nicht anzuwenden” (Se o sucessor entrar na causa como interveniente adesivo, não se aplica o § 69). O § 69 é o que considera litisconsorte da parte principal o interveniente adesivo quando, segundo os princípios do direito civil, a sentença no processo principal haja de produzir os efeitos na relação jurídica do interveniente adesivo com a parte contrária. No Código de Processo Civil brasileiro de 1973, ari 54, considera-se litisconsorte da parte principal o assistente, toda vez que a sentença haja de influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido. O ari 42, §30 diz que a sentença, proferida entre as partes originárias, estende seus efeitos ao adquirente ou ao cessionário. Ainda, a parte final da segunda alínea do §

265 não se insere no sistema jurídico brasileiro. Mas havemos de atender a que há a regra jurídica do ari 42, § 30, e somente há pluralidade de parte se a sorte da lide é para ambos. A regra jurídica do ari 42, § 30 ~ sobre eficácia sentencial, sem se cogitar, aí, de substituição.

Casos há em que se tem de afastara incidência total do ari 42 e §§ 10 e 20. Por exemplo: o objeto litigioso foi bem gravado de servidão, ou direito de perempção , ou algum ônus real. Então, se se aliena o bem gravado, o sucessor tem legitimação e está mesmo obrigado a chamar a si o processo no estado em que se acha. Uma vez que houve a alienação, a parte contrária não mais tem interesse no prosseguimento do processo contra o alienante.

6. Sentença a favor e sentença contra o alienante ou cedente A despeito de não ter havido o consentimento da outra parte para a substituição do autor ou do réu, que alienou a coisa, ou o direito, nem, sequer, a assistência pelo adquirente ou cessionário, a sentença que for proferida contra o alienante ou cedente tem plena eficácia mesmo executiva contra o adquirente ou cessionário. Se foi o

demandado que alienou ou cedeu, a situação do demandante continua incólume, sem que tenha de alterar o pedido que fizera. Todos os pesos eficaciais da sentença, mesmo o de executividade, alcançam o sucessor. Se o direito ou os direitos do adquirente ou cessionário provieram de pessoa que não era parte no processo, a eficácia sentencial não o atinge. Adquirente e cessionário, como alienante e cedente, têm, aí, a sua ação. Pode dar-se que haja ação entre A e B, quanto ao bem *a* ou quanto ao direito *a*, e antes C tenha alienado a D o bem *a* ou o direito *a*, e A, pendente a lide, tenha transferido a C o direito. Nada tem D com a questão entre A e B, nem tem qualquer liame com a relação jurídica processual; mas a C, a despeito da contradição havida (alienação a D e aquisição, depois, de A), cabe a C invocar o ari 42, §§ 1~ e 20, porque, substituindo ou assistindo a A, se põe salvo de grave situação diante de D.

7. Sucessão entre vivos No ari 42, que cogita da coisa litigio ou do direito litigioso, diz-se que a alienação “a título particular, por ato entre vivos, não altera a legitimidade das partes”. Não se alude, no ari 42 nem noutro texto, à sucessão entre vivos a tiulo universal, isto é, quando o que se aliena ou cede entre vivos é universalidade, algum patrimônio, como se uma sociedade se incorporou ou se fundiu com outra. Assim, a sociedade que exsurgiu ou permaneceu sucedeu à que era parte na ação pendente. Houve sucessão subjetiva no plano do direito material, de modo que a lei processual preferiu não criar problemas. O que pode acontecer é que a fusão ou a incorporação tenha sido fraudulenta.

8. Sucessão a causa de morte Nos casos de sucessão a causa de morte, a sub-rogação processual a substituição, diz-se ocorre automaticamente. Mas os adquirentes ou cessionários dos sucessores a causa de morte não. Esses têm de ser tratados como quaisquer outros adquirentes ou cessionários. Seria absurdo tratar-se diferentemente o adquirente ou cessíonário, se o alienante ou cedente foi a parte que já estava no processo, e o adquirente ou cessionário, se o alienante ou cedente foi o sucessor à causa de morte daquela.

Ari 43. Ocorrendo a morte de qualquer das partes, dar-se-á a substituição pelo seu espólio ou pelos seus sucessores, observado2) o disposto no ari 265.

1. Substituição processual’3~ e saisina De início frisamos que os arts. 41-43 puseram claro que o legislador de 1973 exigiu ao conceito de substituição processual das partes o elemento da sucessão ou da sucessibilidade, a que corresponde a automática sucessão ou a sucessão posterior dependente de outro

elemento (o consentimento da parte contrária). Para que se respeite a terminologia do Código de Processo Civil, é essencial não se deturpar o que os arts. 71-73 estabeleceram. Ou se cogitou da sub-rogação automática (ari 43), ou da sub-rogação, que só se dá após ato ou atos processuais (ari 42 e §§ 10, 20 e 30)

No caso do ari 43 (cp. arts. 180 e 265, 1 e § lo), há sucessão a causa de morte. O vivo substitui o morto o que, em caso de saisina, ocorre automaticamente. O direito processual civil recebe o que produziu conforme o direito material. Quanto ao espólio, arts. 12, V, e 991,1. Processualmente,o que o ari 43 diz é que o espólio, representado pelo inventariante, assume o lugar do morto e recebe a causa, qualquer que seja, no estado em se acha. Com isso, a relação jurídica processual é a mesma. Advirta-se em que, se o inventariante é dativo, embora represente o espólio, todos os herdeiros e sucessores do falecido são autores ou réus nas ações em que o espólio é parte (ari 12, § 10) Se há sucessão fideicomissária, fiduciário e fideicomissário são herdeiros ou legatários do testador, mas a substituição do morto é pelo fiduciário. Com a morte do fiduciário, entre na relação jurídica processual o fideicomissário.

A equiparação dos herdeiros testamentários aos herdeiros legítimos é completa: com o testamento, os instituidos sucedem como, *ex lege,* os legítimos. Longe ficou o “solus Deus heredes facere potest, non homo”, o “heredes gignuntur, non fiunt”, que exprima o principio germânico, ainda representado no Código Civil francês, por influência das *Coutumes,* no conceito de legatários universais e legatários a titulo singular (Código Civil francês, ari 724). Lê-se na ia alínea: “Les héritiers légitimes... sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt, sous l’obligation d’acquitter toutes les charges de la sucession.” É a *saisina iuris,* pela qual propriedade e posse passam, *ipso iure,* aos herdeiros legítimos. Mas, apesar disso, há o romantismo da aceitação, que constitui algo de superposto, de colado, de preso por alfinetes, de heterogêneo. Para penetrar e compreender A expressão *substituição processual ~,* mais comumente, usada, na doutrina processual brasileira contemporânea , para designar a situação prevista no ari 6~, na qual alguém , em nome próprio, pleiteia direito alheio. As hipóteses dos arts. 41

45 configuram casos de *sucessão processual.*

a função dessa janela *depois* do corpo da casa, desse órgão que se enxertou onde

não cabia e a História é cheia disso, como o é de teratologias a Natureza, os intérpretes *(e.g.*, E. Acolías, *Manuel de Droit Civil*, II, 192 s.) levantaram a questão da *suspensividade* ou *resolutividade* da aceitação: isto é, ou o herdeiro recebe com a condição *suspensiva* de aceitar, ou com a condição *resolutiva* de renunciar.

No direito brasileiro, a herança vai aos herdeiros, mesmo se não necessários, no momento da morte do decujo. No direito romano, não; porque isso somente ocorreu com os *heredes necessarii.* Por isso, até àaceitação, a herança jazia. Tinha-se de chamar quem fosse herdeiro e ao mesmo tempo de cuidar de interesse dos outros. Hoje, todos os herdeiros, legítimos e testamentários, são beneficiados pela saisina, de modo que, em boa terminologia, não há jacência da herança, ou se reduz o conteúdo conceptual a simples espera dos atos de adição. Por isso mesmo, se o herdeiro está na situação de haver alguém, mesmo se herdeiro fosse, na posse da herança, cabe-lhe a ação para que ele restitua a posse e outros direitos da herança. Se há pluralidade de herdeiros, cada um tem a legitimação ativa quanto ao todo na herança, porque há entre eles comunhão de mão-comum. O fideicomissário não tem posse, de modo que não lhe tocam ações possessórias. Não pode ele ir contra terceiro para exercer a *pretensão da herança*, se ainda não é o titular do direito sobre o bem. Para isso, só tem as pretensões contra o fiduciário *(e.g.*, Karl Blumenstein, *Der Erbschaisanpruch nach dem BGB,* 8; para outros, não: *e.g.*, L. Kuhlenbeck, *Das Bíirgerliche Gesetzbuch,* II, 511, que admitia a pretensão de herança, indistintamente: cf. Cari Springguth, *Die Rechtsverhãltinisse zwischen Vererben undNacherben,* 42). Não se há de confundir a *pretensão da herança* com a ação *declaratória do direito à herança.* O fideicomissário pode exercer a pretensão declaratória, mesmo como litisconsorte ou terceiro que intervém. Se o direito do fiduciário acaba com a morte do decujo, o que se transfere já é a propriedade, ou a posse, ou uma e outra.

Com a extensão da saisina, no direito brasileiro, quer se trate de herança legitima, quer de herança testamentária, a ação de qualquer herdeiro não é ação para haver a herança. A ação de petição de herança é ação real, e não pessoal.

No direito alemão, o titular do *Pflichtteil* é titular da pretensão e de ação à aquisição do quinhão, do quanto (cf.

Richard Leibl, *Das Pflichtteilsrecht*, 6). No direito brasileiro, o que teria de ser

do herdetro quer legitimo, quer testamentário já o é (cf., para o direito francês, M. Schutzenstein, *Beitrâge zur Lehre vom Pflichtteilsrecht,* 240).

Se a condição é *suspensiva,* não há direito *adquirido* à coisa: os herdeiros do beneficiado, que morreu *pendente condicione,* não herdam *a coisa.* Herdam, ou melhor, podem herdar o direito expectativo. Se não é de condição *suspensiva* que se trata, mas de *termo inicial,* há direito *adquirido à coisa:* está suspenso o *exercício,* e não a aquisição do direito. Os herdeiros do beneficiado, que morreu antes do advento do termo, herdam o direito à *coisa.*

O que decide quanto a haver condição ou termo, acontecimento certo ou incerto, é a *intenção do testador.* Velha lição, que o Cardeal de Luca ilustrou. No caso de legado *condicional* (suspensivamente), adjudica-se ao herdeiro, ou testamenteiro, ou outro legatário, que tem de cumprir o que resulta da deixa. *Esse pode reivindicar a coisa de quem quer que seja.* Está com ele o domínio. Quanto ao legado *in diem,* antes do dia o legatário não pode *pedi-lo,* mas com razão dizia Pascoal José de Meio Freire que já adquiriu o direito, real ou pessoal.

Tudo isso toma aspecto bem grave se perguntarmos: pode o legatário *ante conditionem vel diem* renunciar? Paulo de Moura e Yaraba, que tanto criticou e censurou o direito romano (fonte de acertos e males) trouxe à balha a L.

45, § 1, D., *de legatis etfideicommissis,* 31: *Si sub condicione vel ex die certa nobis legatum sit, ante condicionem vel diem certum repudiare non possumus. nam nec pertinet ad nos, ante quam dies veniet vel condicio existat.* E

vergastou a Pomponius: “A razão que dá o texto é porque antes do dia, ou condição, não se adquire o legado; cujo fundamento se reconhece o quanto é vão: 10) porque para renunciar um direito basta que possamos adquírí-lo; pois semelhante renunciação só se entende do direito contingente; 20) porque sobre o fideicomisso condicional pode o fideicomissário *transigir,* como expressamente o decide a L. 1, C., *de pactis,* 2, 3, ibi *Condicionis incertum inter fratres non iniquis rationibus con vention e finitum est”*...

E é inegável que pode ser matéria da renunciação aquele direito que tem qualidade bastante para ser transigido.

Escreveu Pascoal José de MeIo Freire *(Institutiones,* III, 83): “Pro parte etiam

legatum repudiari (potest)... quamvis sub conditione vel ex die *(hereditas)* certa sit relictum, et quidem antequam dies veniat, vel conditio impleatur." Porque o que ele renuncia não é o *direito que vai vir,* mas, "o direito, a que ele", o ato jurídico, "visa" (ari 118); é o *direito a esse direito,* é o direito expectativo, é *Wartrecht.*

A diferença entre o termo suspensivo e a condição suspensiva está, apenas, em que essa é *mais enérgica* na suspensividade; porém não é, nem podia ser, *inexistência jurídica* absoluta: *obsta* a um direito, que é condicio nado; não, porém, ao que resulta do ato jurídico (contrato, testamento): há o direito a um direito. Por mais que possa destoar de leituras superficiais, essa é a construção.

Daí a ineficácia da lei nova para ferir tais situações jurídicas criadas pela condição suspensiva e a herdabilidade de tais direitos eventuais, salvo lei especial ou declaração contrária.

Quanto à alienabilidade (transferência, transação, renúncia, penhorabilidade, arrestabilidade), a regra é a afirmativa da possibilidade. Só não cabe onde o direito, *a que visa,* não no é. Paulo de Moura e Yaraba e Andreas Von Thur *(Der Alígemeine Te ii,* 1, 224; cf. G. Planck, *Kommentar,* II, 556), após as lutas que se conheceram.

Mas, nesse estado,já o direito condicional é *transmissível:* esse direito, que só existe em estado futuro ou virtual, passa aos herdeiros, com a morte do titular. É cedivel, é renunciável. Os italianos não diziam outra coisa: há direito, se bem que não seja, precisa e completamente, o que haverá, quando se verificar a condição; transmite-se aos herdeiros do titular, *de regra.* Os juristas portugueses entenderam que, durante o tempo que medeia entre a declaração de vontade e a verificação ou falha da condição, há estado de pendência, que *constitui situação especial regulada pelo Direito,* e dela derivam direitos. São permitidos os atos conservativos. Tais direitos condicionais, ou eventuais, podem ser transmitidos, quer por atos entre vivos, quer *causa mortis* (Guilherme Alves Moreira, *Instituições do Direito Civil português,* 1, 480).

Resulta do principio da saisina:

a) Os herdeiros, quer legítimos, quer testamentârios, podem, *desde logo,* exercer as ações de domínio. Mas fazem-no como proprietários *pro indiviso,* se há mais

de um.

b) Os herdeiros, legítimos, ou testamentârios, podem reclamar, na qualidade de compossuidores, os bens da herança que se acham com terceiro, ou cuja posse terceiros turbam.

c) Não existem bens sem dono, por motivo de morte. No *spatium deliberandi*, há sempre sujeitos da herança: nunca se dá a existência de bens que, pela morte do dono, fiquem *adéspotas.*

d) Para a *posse da herança* no direito brasileiro os *herdeiros* não precisam de investidura judicial. Nem precisam eles de apreensão material. A formal idade da abertura ou da apresentação e do cumpra-se do testamento nada tem com o principio da saisina: são formalidades do processo do testamento, que não tiram nem dão direitos; apenas, tratando-se de herdeiros testamentários, delas precisam eles, para a exigibilidade de alguns dos seus direitos, ou para a prova da qualidade de herdeiros *ex testamento.*

2. Suspensão do processo Com a morte de qualquer das partes suspende-se o processo se ainda não iniciada a audiência de instrução e julgamento. Se já iniciada a audiência, a suspensão é a partir da publicação da sentença ou acórdão, pois o advogado continua na sua função até o encerramento (ari 265, 1, e § Jo)~ Também pode acontecer que se possa invocar o ari 265, IV, *a), b), c).*

Ari 44. A parte, que revogar') o mandato outorgado ao seu advogado, no mesmo ato constituirá outro que assuma o patrocínio da causa2).

1. Revogação da procuração ao advogado A providência legal que o legislador estabeleceu é nova. O que se teve por fito, com a regra jurídica do ari 44, foi criar-se *dever de outorga de poderes a outro advogado* sempre que a parte haja revogado a procuração que dera. Apenas temos de interpretar o ari 44 a respeito das provas das palavras empregadas: “no mesmo ato”. Se a parte está no lugar da jurisdição e no momento de revogar a procuração pode indicar outro advogado, claro é que se há de invocar o ari 44. É possível, porém, que haja urgência na revogação e não aceitem a outorga de poderes os advogados que a parte procurou, ou esteja ausente, por pouco tempo, o advogado com quem teria de conversar, ou, consultado por telegrama, ou por telefonada a algum auxiliar, ainda não tenha respondido. Aliás,o “mesmo ato” não está aí, nem poderia estar,

como mesmo instrumento, ou mesmo momento da comunicação da revogação ao advogado, mas sim no dia da juntada da revogação. Se a parte se acha no estrangeiro, ou noutro lugar distante, o que dissemos a respeito de quem se acha no local, *afortiori*, há de ser atendido. O que convém é que a parte, ao revogar a procuração, comunique ao juízo as razões que tem para demorar, com exposição de fatos, mesmo que seja, estando longe, por telegrama *(e. g.*, ainda não conhece advogado que possa ser o outorgado, por viver fora do Brasil, ou noutro Estado-membro, ou Território, ou Município).

A falta de observância do ari 44 pela parte outorgante da procuração nao tem efeíto de extinguir, ou de fazer inválida, ou ineficaz a revogação. Trata-se de medida de instrução. A parte pode ter urgência para a revogação da procuração, e não ter tempo para escolher e nomear advogado, ou nenhum dos convidados ter aceito a proposta. O

advogado, recebendo a

revogação, tem de comunicá-lo ao juízo, com a data em que não mais poderá receber as intimações. Tal comunicado é que produz a eficácia, perante o juízo, da revogação. Se foi o autor que revogou os poderes do seu advogado, sem ter constituído outro advogado, e o juízo teve ciência da revogação, pode qualquer interessado requerer que o autor seja intimado pessoalmente, para suprir a falta em quarenta e oito horas (ari 267, § 1v). Tal providência pode ser de oficio, para que, verificado o que consta do ari 267, III, o juiz declare a extinção do processo sem julgamento do mérito, pois o autor deixou de promover o ato, abandonando a causa por mais de trinta dias. Se o litisconsórcio é unitário, a inobservância do ari 44 por um ou alguns dos litisconsortes unitários, não há as consequências do ari 267, III, e § 10. Se a revogação for feita pelo réu, sem a nomeação de outro advogado, prossegue-se na causa, e então sofre ele as conseqtiências da sua omissão.

Não se afaste, quer quanto ao autor, quer quanto ao réu, que algum advogado, não nomeado, com invocação do ari 37, 2a parte, intervenha no processo para prática de atos reputados urgentes. Aí, tem ele, hoje, independentemente de caução *(aliter,* ao tempo do Código de 1939, ari 110), de exibir, no prazo de quinze dias, prorrogável até outros quinze dias, por despacho do juiz, o instrumento da procuração. Se tal não acontece, não houve ratificação dos atos praticados, de modo que se têm como se nunca tivessem ocorrido (“havidos por

inexistentes", ari 37, parágrafo único). Se o omisso foi o autor, diante da *inexistência* dos atos do advogado não nomeado, o abandono da causa por mais de trinta dias dá ensejo à extinção do processo sem julgamento do mérito (ari 267, III, e § lo). Se omisso foi o réu, diante da *inexistência* dos atos do advogado, a sua sorte é diferente: mesmo se nunca tivesse constituído advogado para a causa, como revel seria tratado; se revogou a procuração, e não constituiu outro advogado, o réu sofre o prosseguimento.

Se, em vez de ter o autor revogado a procuração, foi o advogado que denunciou a procuração, tem de ser nomeado outro. O juiz teve a comunIcação pelo denunciante ou por ele e o autor, conforme o ari 45, de que adiante trataremos.

A regra jurídica do ari 44, pois que somente concerne ao direito processual, nada tem com o que se estatui no direito material. O que se exige é que, no mesmo ato jurídico, se revogue a procuração e se nomeie outro advogado, pois só assim pode haver, com certeza, quem assuma a função que o advogado tinha. O ari 44 pode não ter de ser aplicado porque já consta dos autos a procuração ao novo advogado.

A despeito de se dizer no ari 44 que "no mesmo ato" tem a parte de constituir outro advogado, de ordinário sempre nesse ato se revoga um mandado e noutro se nomeia o advogado. Só excepcionalmente se poderiam conceber a revogação e a nomeação no mesmo instrumento. Se tarda a nomeação, há irregularidade de representação da parte, e o juiz (ari 13) marca prazo razoável para se sanar o defeito (aí, adequadamente, suprir a falta). No caso de não se cumprir o que o juiz determinou, há algumas das sanções do ari 13, 1, II e III. Só a aceitação da procura pelo advogado nomeado é tida como observância do ari 44.

2. Procurador que não *é* advogado O ari 44 não incide em se tratando de procurador que não é advogado, se a revogação não atinge a procuração feita a advogado, o que pode acontecer, por exemplo, em virtude de alguma cláusula contratual. Se fora nomeado curador especial a incapaz, por esse não ter representante legal, ou pelos interesses desse colidirem com os dos incapazes, e o curador especial é o advogado, a superveniência da capacidade pode dar ensejo a outorga de poderes de advogar a outra pessoa, o que implica o afastamento do curador especial como advogado. A superveniência da capacidade não determina afastamento automático do curador especial que é o advogado.

O que acima dissemos, quanto ao curador especial que é advogado, também é de invocar-se em caso de representante judicial de incapazes ou representante de ausentes que exista na comarca (ari 90, parágrafo único).

Ari 45. O advogado poderá, a qualquer tempo, renunciar') ao mandato, notificando o mandante, a fim de que lhe nomeie sucessor. Durante os (10) dias seguintes à notificação, o advogado continuará a representar o mandante, desde que necessário para lhe evitar prejuízo2).

1. Denúncia da procura No direito civil, se o procurador denuncia sem motivo justo, responde pelo dano resultante.

No ari 45, tem, ainda mais, de representar processualmente a parte durante os dez dias seguintes ànotificação da denúncia. No Código Civil de 1916, também se falou de renúncia. No Código Comercial, ari 157, disse-se que o mandato acaba quando o mandatário demite de si o mandato. (O termo é impróprio. Renuncia-se a direito, a pretensão, ou a ação, ou a exceção, ou alguma vantagem. Trata-sede terminação de contrato o que se chamou

"renúncia"

é, em verdade, "denúncia".) Se morre o advogado, suspende-se o processo (ari 265, 1). Comparem-se o ari 1.308

do Código Civil de 1916 como ari 197, III, do Código de Processo Civil de 1939, e o ari 265, 1, do Código vigente.

É admissível a *renúncia* ao direito de denúncia, salvo se a causa da denúncia é enfermidade ou força maior.

Tanto a *revogação* da procuração pela parte quanto a *denúncia* pelo procurador são declarações de vontade receptiveis.

No Código Civil brasileiro de 1916, ari 1.316,1, falou-se de revogação e de "renúncia". Sempre exprobramos o erro de terminologia: "denúncia" é que havia de estar, em vez de "renúncia" *(e. g.. Tratado de Direito Privado,* Tomo III, § 321, 1, XLIII, § 4.690, 3). No Código de Processo Civil português (1967), ari 39, e no Código de Processo italiano, ari 85 ("... il difensore puà sempre rinunciarvi"). O legislador incorreu no mesmo erro. Não, a Ordenação

Processual Civil alemã, § 87, onde se emprega a palavra adequada, *Kíindigung*, que é denúncia; e não renúncia, que seria *Verzicht.*

No Brasil, o Regulamento n0 737, de 25 de novembro de 1850, ari 709, empregou "escusar-se". Esperamos que os legisladores não continuem cometendo o erro da palavra "renúncia", em vez de "denúncia" ou "denunciação".

A 3~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 15 de dezembro de 1951 *(Paraná J.*, 55, 142), decretou nulidade de audiência porque não fora notificado para ela o advogado, tendo ela de realizar-se nos dez dias a que se refere o ari 45. Sim; pois que algum prejuízo poderia advir de não ter sido notificado o advogado, o que a parte afirma pelo fato mesmo de reclamar.

Cumpre que se não confunda com a chamada, erradamente, *renúncia* (= denúncia) a *recusa* da procuração. Recusa quem não aceita. Quem denuncia já aceitara. A propósito da recusa, diz o ari 15 de Lei n0 1.060, de 5 de fevereiro de 1950: "São motivos para a recusa do mandato pelo advogado designado ou nomeado: jO) estar impedido de exercer a advocacia; 20) ser procurador constituído pela parte contrária ou ter com ela relações profissionais de interesse atual; 30) ter necessidade de se ausentar da sede do Juízo para atender a outro mandato anteriormente outorgado ou para atender a interesses próprios inadiáveis; 40) já haver manifestado por escrito opinião contrária ao direito que o necessitado pretende pleitear; 50) haver dado à parte contrária parecer escrito sobre a contenda." No parágrafo único: "A recusa será solicitada (?) ao juiz, que, de plano, a concederá, temporária ou definitivamente, ou a denegará". A redação é defeituosa; por exemplo: não se solicita recusa ao juiz; ao juiz faz-se a comunicação de conhecimento (concernente a um dos fatos mencionados do ari 15, ou dois, ou mais) e requer-se a decisão declarativa de que são verídicos. Poder-se-ia falar de requerimento de permissão para recusa, porém seria impróprio. Falta qualquer arbítrio ao juiz: ele examina, *in casu*, a recusabilidade, e declara caber a recusa.

O advogado tem de notificar a parte que ele representa. A data da notificação é de grande relevância, porque do dia seguinte a ela começa a contagem do prazo de dez dias para que o advogado continue no posto, com todos os deveres. O dever somente concerne a que era necessário para evitar qualquer prejuízo ao outorgante dos poderes.

Se não há qualquer necessidade de permanência, convém que o diga na notificação. Todavia, se não era de perceber-se necessidade de presença e algo adveio necessário a isso, persiste o dever do advogado. Sobre a denúncia, dita inadequadamente renuncia ,díz o mesmo que o ari 45 do Código de 1973 e o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei n0 4.215, de 27 de abril de 1963, ari 70, § 60). No ari 103, XVII, diz-se infração o fato de o advogado "abandonar a causa sem justo motivo ou antes de decorridos dez dias de intimação ao mandante para constituir novo advogado salvo se antes desse prazo for junta aos autos nova procuração". Há a pena de censura (ari 107, II), a de suspensão no caso de reincidência (ari 110, 1) e a de eliminação se incidem três vezes na pena de suspensão (ari III, II).'~" Assim, há a responsabilidade civil, a disciplinar e a penal (Código Penal, ari *355).*

A Lei n0 1 .060 é sobre concessão de assistência judiciária aos necessitados O conteúdo do ari 15 é de ética. No Código de Etica Profissional (Lei n0 794, de 29 de agosto de 1949), a Seção VII cogitava do assunto.

A finalidade do ari 45, ao fixar o tempo em que o advogado denunciante tem de continuar a exercer a função, é a de evitar que, com a notificação do outorgante não tenha esse o prazo suficiente para nomear outro advogado. Os atos que tem de praticar são todos os que evitam prejuízo do notificado. O advogado denunciante do mandado nada mais precisa fazer findos os dez dias. Pergunta-se: diante da falta de outro advogado, o denunciante pode assumir a atividade prevista no ari 37 *2a* parte? A resposta há de ser afirmativa, uma vez que ele verifica que teriam de ser praticados atos urgentes. Terá de obter, no prazo de quinze dias, prorrogável, por outros quinze dias, o instrumento de ratificação.

2. Revogação da procuração Qualquer ato, em que funcione o advogado *(e. g.*, ato de recurso, Câmaras Civis Conjuntas do Tribunal de Justiça de São Paulo, 16 de agosto de 1950, *R. dos T,* 188, 355) antes de lhe ser comunicada a revogação, é ato processual com poderes. A revogação rege-se pelo Código Civil, ari 1.316,1, 1.317-1.319, e pelo Código de 1973, ari 44.

Conforme o vigente Estatuto da OAB, constitui infraçào disciplinar, que sujeita o advogado àpena de censura,

"abandonar a causa sem justo motivo ou antes de decorridos dez dias da comunicaç~o da renúncia" (Lei n0 8.9(16, de 04.07.94, arts. 34, XI e 36, 1).

Document Outline

- ??